

REPRESENTACION DE LA JUSTICIA QUE ASSISTE

à la pretension de D. Antonio Frediani, vezino de la Ciudad de Sanlucar de Barrameda, en el pleyto que litiga,

CON

EL SEñOR DON JUAN DOMINGO Saporito, Cavallero de la Orden de Santiago, del Consejo de su Magestad en el Real de Hazienda, y Administrador de la Aduana de Cadiz:

SOBRE

La restitucion de diferentes mercaderias, que Don Antonio empeñó en Genova, y se remitieron á Cadiz, à poder del señor Don Juan Domingo.

NOTICIA DE EL PLEYTO.

DON Antonio Frediani navegò à Italia el año passado de mil y setecientos, à comerciar diferentes generos, y frutos de las Indias, y comprar otros para bolver à ellas, siguiendo el empleo, y ocupacion en que siempre se avia exercitado. Entre los negocios, que en el referido viage tratò, y ajustò, fue vno con Juan Baptista Solaro, vezino, y fabricante en Genova, à quien vendiò mil libras de balsamo, á precio de onze pesos excudos de plata libra, y de quien comprò diversas partidas de medias, cortes de puntas, encaxes, listoneria, y damascos, à los precios en que se convinieron, que importaron la summa de veinte y ocho mil pesos, cuyo precio se satisfizo con los onze mil pesos de el balsamo, y los diez y siete mil restantes en dinero de contado.

Celebrado perfectamente este contrato, ajustò otro Don Antonio Fedriani con Don Bartholomé Seporina, y Don Juan Lorenço Saporito, vezinos, y comerciantes de Genova, à quienes pidiò prestados los mismos diez y siete mil pesos, que necessitaba para pagar à Juan Baptista el resto de las mercaderias; y ofreciò, que las entregaria para prenda, y seguro de este credito, pactando, que los dichos Don Bartholomè, y Don Juan Lorenço las avian de remitir à Cadiz, à poder de el señor Don Juan Domingo, su hermano, y correspondiente, quien avia de cobrar de Don Antonio la cantidad principal, con mas los interesses del cambio maritimo, y avia de entregarlas.

Convenidos en esta forma, instaba la partida de Don Antonio à otras Ciudades de Italia, y para concluir lo capitulado, diò poder á Don Bartholomé Seporina, el qual, en su virtud, tomò prestados de dicho Don Juan Lorenço catorze mil pesos, y supliendo lo demàs de su caudal, pagò enteramente á Juan Baptista, y recibiò de él, en nombre de Don Antonio, todas las mercaderias,

y vſando del poder, las obligò,è hypotecò al reſguardo de toda la cantidad principal, y ſus intereſſes.

Los dichos Don Bartholomè, y Don Juan Lorenço, remitieron à Cadiz todas las mercaderias en ſeis caxas, à poder del ſeñor Don Juan Domingo, quien las recibiò, ſacò de la Aduana, y llevò à ſu caſa. Don Antonio con la noticia de aver llegado, paſsò à ella à reconocerlas, y aviendolo hecho, hallò no ſer las miſmas, que avia ajuſtado, ni las que conſtaban de la fatura, que con dichas mercaderias ſe avia remitido.

No atreviendoſe por entonces à hazer concepto de el origen de eſte daño, pues igualmente pudiera averſe cauſado en Genova, que en Cadiz, como el medio de juſtificarlo, era, confrontar las mercaderias con la fatura; diò principio à ſu demanda, pidiendo ante la Juſticia, que el ſeñor Don Juan Domingo, debaxo de juramento, declaraſſe, ſi avia recibido las ſeis caxas de mercaderias, ſus conocimientos, y fatura, remitidas por Don Juan Lorenço, ſu hermano; y que declarando averlas recibido, ſe le compelieſſe à ſu exhibicion. Mandòſe aſsi, y en cumplimiento de eſte auto, dicho ſeñor jurò, y declarò: Ser verdad avia recibido las ſeis caxas de mercaderias, que tenia en ſu poder los conocimientos, y faturas de ellas; y que eſtaba prompto à entregar las *Mercaderias*, luego que Don Antonio pagaſſe la cantidad à que venian hypotecadas; pues ſi eran, ò no de la calidad, y bondad, que ajuſtò con el fabricante, podia ſobre ello acudir à Genova; y que pues avia paſſado el plazo ſeñalado para la paga, y algunos dias mas, requeria à Don Antonio dieſſe ſatisfaccion de la cantidad del empeño, y que de no hazerlo paſſaria à ſu venta, en conformidad de las ordenes de ſus correſpondientes. Firmò eſta declaracion, y con él el Eſcrivano.

Reconvenido con la ſegunda parte de el auto, que mandaba exhibir la futura, en caſo de confeſſar paraba en ſu poder, negò, debaxo del miſmo juramento, tener-

la,y dixo: Que lo que tenia, era, la diſtincion de el contenido de las cartas de ſus correſpondientes,que tiene pueſtas en ſu libro borrador, de el qual eſtaba prompto á copiarlas, y entregarlas luego; y añadiò, avia entregado el conocimiento al Capitan del Navio, de cuyo nombre no ſe acordaba;y firmò tambien eſta declaracion en que niega, à continuacion de la en que afirma.

Inſtò Don Antonio en que ſe procedieſſe al apremio de la exhibicion de la fatura en fuerça de la primera declaracion, por ſer eſte el inſtrumento con que ſe avia de juſtificar ſi el vicio de las mercaderias procedia de los que las avian remitido al ſeñor Don Juan Domingo, ò ſi ſe avia cauſado en Cadiz; mandòſe aſsi, y obligado del apremio, preſentò vna fatura, que dixo ſer la original, y jurò ſer la miſma, que ſu hermano Don Juan Lorenço le avia remitido de Genova; añadiendo, no podia entregar el conocimiento, porque ſe lo bolvia à llevar el Capitan para ſu reſguardo.

Eſta fatura, que por original remitida de Genova preſentò el ſeñor Don Juan Domingo, es falſa, ſegun conſta de la juſtificacion, que ſobre ella ſe hizo en viſta de la fatura verdadera, cartas preſentadas, vnas por Don Antonio, y otras por el ſeñor Don Juan; y eſtà al fol. 144. de los autos.

Suſpendiòſe el curſo de eſte pleyto por la venida de la Armada Ingleſa, y retiro, que de eſta Ciudad, y ſus comarcanas hizieron las familias; y bolviendo á continuarſe el año de ſetecientos y quatro ſobre la miſma exhibicion de la fatura verdadera,y conocimientos, alegò varios motivos para no ſeguir el juizio el ſeñor Don Juan Domingo, no dixo aver

 ven-

vendido las mercaderias, fino que el contrato fe avia difuelto, por no averlas querido recibir Don Antonio, ni pagar la cantidad de fu empeño; pero quando alegaba efto, ya las avia vendido (fegun parece de fu declaracion al fol. 144.) dexando perdido el caudal de Don Antonio, y defcubierto el credito de Don Bartholomé.

Y porque la defenfa de efte pleyto eftà eftrechamente vnida con las circunftancias, que refultan de los autos, efcufarémos por aora hazer mas prolija relacion, pues para cada vna de las defenfas fe prevendrà lo neceffario en el hecho, y folo para mayor claridad, é inteligencia de el derecho de efta parte juzgamos conveniente hazer algunos fupueftos.

SVPVESTOS.

EL primero es, fer en Cadiz muy frequentes eftos contratos, que vulgarmente lláman de empeño, ò hypoteca, que las mas vezes no lo fon, fino vnas ventas celebrádas con el confentimiento, pero fin fatisfaccion, ni confiança del precio, ni entrega de la cofa vendida, en que folo ay pacto de averfe de remitir á Cadiz, donde el comprador es obligado à fatisfacer el precio antes que fe le entreguen las mercaderias, y tambien el de la ley commifforia (1) prefiniendo termino à la paga, que no haziendofe dentro de èl, y precediendo requerimiento, pues no ay mora fin interpelacion (aunque el dia fuele en algunos cafos ferlo) puede el dueño de las mercaderias, y en fu nombre el configuatario, ò mandatario, venderlas fin otra folemnidad; por-

(1) *Ad tx. in leg. fi fundus. 4. de lege commiff. ibi*: Si fundus lege commifforia vænierit, hoc eft vt nifi intra certum diem pretium fit ex folutum in emptus fieret, videamus quemadmodum venditor agat, tam de fundo, quam de his, quæ ex fundo percepta funt, itemque fi deterior fundus effecteus fuerit facto emptoris, & quidem finita eft emptio, fed iam deciffa quæftio, eft ex vendito actionem competere. *leg. 1. leg. 2. & leg. cum te de pact. int empt & vendit. leg. 2. C. eodem cum vulg.*

porque es visto distraerse el primer contrato por el contrario consentimiento, que el vendedor explica con las ordenes, que dá à su mandatario, y el comprador con el hecho de no pagar; y aunque en el pacto de la ley commissoria queda accion personal al vendedor, por el interès de no perficionarse la venta, como esta accion se ha de exercitar en Reyno estraño, hazen poco aprecio de ella.

El segundo es, que el verdadero contrato de prenda, ò hypotheca, es el que celebra el dueño, que contrahe alguna obligacion, à cuyo resguardo, y seguridad añade la prenda, y entregandola al acreedor, tiene en ella todo el seguro de su credito, reteniendo el deudor su dominio. (2) Vnas vezes tiene la obligacion prescripto dia à la paga, y otras no, como tambien vnas vezes se pacta poder vender la prenda passado el termino, que se señalò à la satisfaccion, y otras no, quedando á la disposicion de derecho, que presine la forma de distraer la prenda, y la de proceder en estos casos la previenen nuestras leyes de partida, con quien convienen las de el derecho Civil, y de vnas, y otras hazemos mencion en su lugar.

(2) *Leg. pignus 9 C. de pignerat. act. ibi*: Pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit. *Cum vulgat.*

Lo tercero, se supone, que el contrato celebrado por Don Antonio con Don Bartholomé, y Don Juan Lorenço, fue vn mutuo, ò emprestido de diez y siete mil pesos excudos de plata, con los interesses del cambio maritimo, à cuya seguridad se obligaron las mercaderias, compradas à Solaro, y que estas las recibieron como tal prenda Don Bartholomè, y Don Juan Lorenço, y las remitieron al señor Don Juan Domingo, para que pagado que fuesse su empeño, las entregasse à Don Antonio.

Lo

Lo quarto : Que el contrato de compra, y venta de balſamo, y mercaderias, celebrado entre Don Antonio, y Juan Baptiſta, quedò perfecto, y completo, dandoſe reciprocamente por entregados de las coſas, y del precio, como conſta de el teſtimonio preſentado al fol. 79.

Lo quinto, ſe advierte, como coſa vniverſalmente cierta, y vniformemente practicada en todos los comercios de el mundo, que con los generos que ſe remiten de vnas Provincias à otras, ſe embian faturas, y conocimientos, y aſsi eſtà juſtificado al fol. 144. La fatura es vna puntual relacion de todos ellos, con expreſsion de todas las calidades, que pueden ſervir à ſu perfecto conocimiento, como ſon peſo, numero, medida, precio, color, y marca, y aſsi tambien eſtá juſtificado al miſmo folio; ſiendo la fatura inſtrumento, aunque ſimple, de tan integra fee en el comercio, que no pocas vezes ſe reciben, y entregan las mercaderias por ſola ella; y por ſu grande importancia ſiempre ſe remiten duplicadas, como tambien los conocimientos, que contienen la obligacion del Capitan del Navio, por los quales ſe les haze cargo.

Lo ſexto, y vltimo, ſuponemos, viene al ſeguimiento de eſta cauſa forçado Don Antonio, ſolo por la natural defenſa de ſus bienes, pues es notorio con quantas veras, y por quantos medios ha ſolicitado vna honeſta compoſicion, y no aviendo podido conſeguirla, le es preciſſo ſeguir el pleyto en todas las inſtancias, y Tribunales, aunque ſea con el temor de litigar con perſona poderoſa; pero lo mas ſenſible, y que mas quiſiera evitar, es, que diſputandoſe puntos de verdad,

y de fidelidad, són necessarias algunas expressiones menos modestas de lo que quisieramos, y de lo que corresponde à la veneracion, que tenemos à la persona, y dignidad del señor Don Juan Domingo; y assi, queremos se entienda lo que con el ardor del juizio se dixere Civilmente, y sin animo de ofender, pues ciertamente por escusar esta ocasion perdería Don Antonio mucha parte de sus interesses.

Con estos supuestos, facilmente se viene en conocimiento de el contrato, que dà causa à nuestra disputa; y es vn mutuo con el seguro de la prenda, y destinacion del lugar para su entrega, y paga, constituido para su cumplimiento el señor Don Juan Domingo procurador, que vulgarmente en el comercio se llama consignatario.

De estos pactos se vistiò el contrato, y de todos resulta vna obligacion; porque en los de buena fee los pactos que se añaden *in continenti*, se introducen en su naturaleza (3), y el exercicio de las acciones, en virtud de el mandato, toca al señor Don Juan Domingo, assi para percebir la cantidad del emprestido, como para distraer la prenda en los casos, y con la forma que previenen las leyes; y por el contrario, Don Antonio tiene accion contra el señor Don Juan Domingo, para recobrar su prenda. Y quando dolosamente se dexa de restituir, le concede el derecho la satisfaccion de todo su precio, difiriendole el juramento *in litem*, como lo dize el Jurisconsulto Marziano; (4) Y quando en los casos, y con las solemnidades de derecho se distrahe la prenda, tiene el deudor accion para pedir el residuo de su valor, como lo dize el

(3) *Lex Iuris gentium § quinimo de pact. ibi*: Siquidem pacta in continenti subsequuta sint, etiam ex parte actoris in sunt, idest pariunt actiones.

(4) *Lex* 16. §. 3. *de pignoribus.*

G Em-



(5) Lex 3. §. 4. C. de Iure Domin. Impetrand.

Emperador Justiniano. (5)

Todas estas aciones se disputan en nuestro pleyto, pues el señor Don Juan Domingo pretende se declare pudo, y debiò distraher la prenda, por no aver pagado Don Antonio la cantidad de su empeño sin otra solemnidad, que el requerimiento, y la mora; y assimismo, que los precios à que vendiò fueron justos, que su valor no alcançò à satisfazer el credito, y que es todavia deudor Don Antonio, contra quien (como tal mandatario de el acreedor, que quedò sin satisfaccion, que es Don Bartholomè Seporina) vsa de la accion personal, que produxo el mutuo, para satisfazerse de lo que valiò menos la prenda.

Don Antonio tiene todas las pretensiones contrarias. La primera, que reconociendo las mercaderias empeñadas, para tratar de pagar la cantidad que debia, hallò, no ser las mismas que avia comprado, y le avian remitido al señor Don Juan Domingo, y exercitò la accion *ad exhibendum* en la fatura, instrumento vnico de la comprobacion en la identidad de la prenda; y porque no quiso el señor Don Juan Domingo exhibirla, negandola dolosamente, y presentando en su lugar vna falsa, pide se le condene en todo el valor de las mercaderias, daños, é intereses diferidos à su juramento, conforme à la disposicion de derecho. (6)

(6) Lx. 10. *in instrumentis de in litem iurando.*

La segunda pretension, es, que se declare no pudo el señor Don Juan Domingo vender las mercaderias empeñadas, pues no huvo mora en la paga, por averse suscitado la duda de el vicio de ellas, averse contestado juizio sobre su identidad, y exhibicion de la fatura, en cuya pendencia no pudo enagenarlas, y

mucho

mucho menos sin requerimiento, Almoneda, y buena fee, como lo previenen las leyes, à que tambien corresponde deberfele diferir el juramento, para justificar el valor principal, daños, é intereſſes. (7)

(7) *Dict. lx.* 16. § *in vindicatione de pignorib.*

La tercera, es, impugnar la quenta, que el ſeñor Don Juan Domingo preſentò de la enagenacion de las mercaderias en que las dà vendidas à viliſsimos precios, ſin que en ella aya la claridad, diſtincion, y legitimidad, que previene el derecho.

La quarta, y vltima, es, que las pretenſiones dichas, no ſolo las introduce en ſu nombre, ſino en el de Don Bartholomè Seporina ſu acreedor, en eſta prenda (*es el miſmo en cuyo nombre pide la parte contraria*) pues ofendido de la mala correſpondencia de el ſeñor Don Juan, por los infimos precios à que dize ha vendido, encomienda à Don Antonio ſolicite el recobro de ſu caudal con el ſuyo, ſegun parece de ſus cartas, preſentadas al fol. 149. que ſon inſtrumento baſtante. (8)

(8) *Lx.* 1. §. 1. *mandat. vl. contra. ibi* : Ideo per nuntium quoque, vel per Epiſtolam mandatum ſuſcipi poteſt.

Todas eſtas circunſtancias concurren en nueſtra diſputa; y para mayor claridad la dividirèmos en tres Articulos. El primero, tratarà de el dolo en el vicio de las mercaderias, y no aver querido exhibir la fatura. El ſegundo, ſerà ſobre la venta, y enagenacion de la prenda, y defecto en ella de las ſolemnidades neceſſarias. El tercero, ſobre el juramento *in litem*, pedido por eſta parte, y en todos nos harèmos cargo de lo alegado por la contraria.

ARTICVLO PRIMERO DEL VICIO DE las Mercaderias, exhibicion de la fatura, y dolo en ſu ocultacion.

PARA Deferir el juramento *in litem*, principal aſſumpto de nueſtra pretenſion, y eſtimar el valor de las mercaderias, que ya no exiſten, ſus daños, è intereſſes, ſon preciſſas dos circunſtancias: Accion en el que pide, y dolo en el que niega.

En la accion ay poco que diſputar, pues es notorio en el Derecho, ſe defiere el juramento *in litem* en todas las acciones Reales, arbitrarias, y juizios de buena fee, y alguna vez en las ſtrictas; pero eſta general extenſion la introduxo la equidad, pues lo cierto es averſe concedido el juramento *in litem* para las acciones Reales, que produce el dominio, y para la de exhibicion, que las prepara; y como las dos acciones, intentadas por nueſtra parte, ſon la *Rei vindication* en las mercaderias, y la *ad exhibendum* en la fatura, que las comprueba: eſtàn fuera de diſputa el que le compete la delacion del juramento, (1) que pudieramos eſcuſar los textos, y Authores de el margen, por ſer mas facil dezir no ay alguno que la niegue, que referir los muchos que la afirman.

La ſegunda circunſtancia, es, el dolo, que no ſin mortificacion, y repugnancia avrémos de expreſſar, porque lo dicta aſsi la natural defenſa.

Tiene ſu principio deſde que llegaron las mercaderias de eſta parte à Cadiz, remitidas de Genova por Don Bartholomè Seporina, y Don Juan Lorenço Saporito, en el Na-

(1)
Lx. 2. de in lit. iur. ibi: Sive quid noſtrum petamus, ſive ad exhibendum agatur.
Lx 5. eodem, ibi: In actionibus in Rem, & in bonæ fidei juditiis.
Lx. 10. eodem ibi: In inſtrumentis, quæ quis non exhibet, actori permittitur in litem iurare quanti ſua intereſt ea proferri, vt tanti condemnetur reus.
In vindicatione pignoris lx. 16. §. in vindicatione de pignorib.
In depoſito. lx. 1. §. 26. depoſiti. ibi: In depoſiti quoque actione in litem iuratur.
Ex noſtri Regni legib. leg. 2. & 5. tit. 11. part 3. Omnes Interpretes in citatis legibus & vltra eos. Menochius de arbit. cent. 2. caſu. 207. & 208. Leotardus de vſuris quæſt. 77. per totam. D. Gonçalez Tellez in cap. ſuper eo de his quæ vi. D. Larreatigui tot. lib. 3. ſelectar. Ioannes Baptiſta Coſta de remed. ſubſid. remed. 98. Pareja de inſtrum. edit. tom. 2. tit. 7. reſolutio. num. 24. & 25. qui plures alios refert.

vio Francès, llamado la Augusta, al señor Don Juan Domingo, quien avia de percebir la cantidad en que venian hypotecadas, y executado esto entregarlas à Don Antonio su dueño.

Tuvo aviso Don Antonio de la remessa de las mercaderias, que le participò Don Bartholomé, vno de los acreedores, quien tambien le embiò fatura con expression individual de los generos, que remitia, avia recibido de Juan Baptista Solaro, y cargado en dicho Navio para entregar al señor Don Juan Domingo, acompañando dicha fatura con carta, en que largamente le dà quenta de este negociado, que original se exhibiò, y trassumptò al fol. 40. de los autos.

Quando Don Antonio supo la llegada del Navio, que conducia sus mercaderias, ya el señor Don Juan Domingo se avia entregado de ellas, despachadolas en la Aduana, y recogido à su casa, donde las fue á reconocer Don Antonio, en compañia de Don Gerònymo Genory, para tratar de la paga de su empeño; pero hallandolas viciadas, defectuosas, y que no correspondian à las muestras, que él tenia, ni à la fatura, que le avian remitido, suspendiò el juizio, sin saber de donde pudo prevenir el defecto.

Pareciale (y justamente) que, ò avia de averse causado por Don Bartholomè, y Don Juan Lorenço, que las remitieron, por el Capitan Francès, que las conduxo, ò por la contraria, ò su familia, que las recibiò.

Bien quisiera esta parte escusar el examen del author de su daño, y se huviera contentado con la satisfaccion, sin averiguar la culpa; pero como de ella se le ha ocasionado otro

mayor, qual es la entera pérdida de su caudal, le es precisso hazer mas particular reflexion sobre este punto.

Que no viciò las mercaderias el Capitan Francés, que las conduxo, se prueba claramente; porque siendo de su cargo entregar las caxas, en que se incluían bien tratadas, y acondicionadas, lo hizo assi, pues el señor Don Juan Domingo le bolviò el conocimiento, que es el instrumento de su obligacion, en muestra de aver cumplido con ella.

Que no ocasionaron el daño Don Bartbolomè, y Don Juan Lorenço, se prueba de que remitiendose con las mercaderias la fatura, que expressa (como diximos en el supuesto quinto) la bondad, numero, peso, medida, precio, color, y marca, qual se vè en la presentada por esta parte, luego que la contraria reconoceria no conformaban los generos con la fatura se lo participaría, porque no se le hiziesse cargo de lo que no avia recibido; pero no hallamos, que entonces, ni en tiempo alguno huviesse reconvenido à sus correspondientes con este defecto, antes si los asegurò, que en la venta que estaba para executar de las mercaderias, quedarian cubiertos sus creditos, como lo expressa Don Bartholomè en sus cartas fol. 149.

Luego si el vicio, y defecto de las mercaderias no està en los acreedores, que las remitieron, ni en el Capitan, que las conduxo, estarà necessariamente en la casa del señor Don Juan Domingo, que las recibiò.

Aunque esta presumpcion es de Derecho por dos leyes del Codigo, (2) en cuya exposicion los Authores asientan la Regla de que para librarse de ella es necessario dar author del

(2) *Lx Civile 5. Cod de furtis, ibi*: Civile est, quod à te adversarius tuus exigit, vt rei quam apud te fuisse fateris exhibeas venditorem: nam á transeunte, & ignoto emisse dicere non convenit volenti evitare alienam bono viro suspicionem. *Lx. maiorem. 4. Cod. ad leg. Corn. de fals. ibi*: Maiorem severitatem exigit vt merita eorum, qui falsis rescriptionibus vtuntur, digna coerceantur pœna, sed qui deceptus est per alium si suam innocentiam probat, & eum à quo accepit exhibet se liberat. *glos. in leg. 28. tit. 7. part. 7. cum vulg. Ant. Gom. in leg. fin. tauri num. 5.*

del defecto, como tambien en el depositario, que restituye deterioradas las cosas, que se le entregaron; (3) todavia fue mas modesta esta parte, pues no quiso presumir del señor Don Juan Domingo, cosa, que fuesse agena de la calidad de su persona; y rezelando pudiera averse causado en Juan Baptista, de quien èl comprò las mercaderias, quiso reconocer por la fatura si eran las mismas, que se remitieron, y entregò el dicho Juan Baptista, las que el señor Don Juan Domingo mostraba; pues aunque Don Antonio tenia en su poder igual fatura, no era ella la que avia de justificar la entrega de las mercaderias, sino la que con las mismas mercaderias se remitiò al señor Don Juan Domingo.

Con este concepto estimable de su persona, passò à hazer judicial la diligencia depedir se le mandasse exhibir la fatura, y que declarasse sobre la remission de las mercaderias.

Mandòse assi, y debaxo de juramento declarò(4) el señor D. Juan Domingo era cierto tenia en su poder los conocimientos, y faturas de los generos hypothecados, por aversèlos remitido D. Juã Lorẽço Saporito, su hermano, vezino de Genova, y q̃ estaba prõpto à entregarlos à esta parte, pagãdo la cãtidad de su empeño.

Aviendo confessado paraban en su poder mercaderias, faturas, y conocimientos, le notificò immediatamente el Escrivano la segunda parte del auto, que mandaba entregar faturas, y conocimientos, confessando tenerlos, y con el susto desta no esperada reconvencion negò, (5) debaxo del mismo juramento, conoci-

(3) *Lx. 1. § in depositi, & §. si cista depositi.*

(4) *Declaracion del señor D. Juan Domingo fol. 4. Dixo*: Es cierto, que el declarante tiene en su poder los conocimientos, y faturas de dichos generos hypothecados, por aversèlos remitido Don Juan Lorenço Saporito, su hermano, vezino de Genova; y el declarante està prompto à entregar al dicho Don Antonio Frediani los dichos generos hypothecados, pagando el susodicho promptamente el credito de su empeño. *Firmò esta declaracion, y con él el Escrivano.*

(5) *Respuesta à la notificacion, que immediatamente, despues de aver declarado, se le hizo, para que entregasse los conocimientos y faturas. Dixo*: Que los conocimientos de las mercaderias hypothecadas, y expressadas en su declaracion los entregò á los Capitanes de los Navios, que traxeron dichas mercaderias, de cuyos nombres no se acuerda, cuyo entrego hizo en conformidad de el estilo, que sobre ello se observa, y las faturas, que el declarante tiene son la distincion del contenido de las cartas de sus correspondientes, que tiene puestas, y copiadas en su libro borrador, del qual està prompto à copiarlas, y entregarlas luego al dicho Escrivano.

Nota: *Treze años ha, que dura este pleyto, y aun no las ha copiado, ni presentado.*

conocimientos, y faturas, añadiendo: Que el conocimiento le avia buelto à los Capitanes de los Navios, que conduxeron las mercaderias, de cuyos nombres no ſe acuerda; y que las faturas, que tiene, ſon la diſtincion de el contenido de las cartas de ſus correſpondientes, que tiene pueſtas, y copiadas en ſu libro borrador.

Bien ſe conoce la turbacion, y el ſuſto con que hizo eſta ſegunda contraria declaracion, pues dize Capitanes, y Navios, no ſiendo mas de vno, y para conducir ſeis caxas no eran meneſter muchos; y llama faturas à las cartas, ſiendo coſa tan diſtinta vna de otra; pero mas inveroſimil, no ſe acuerde como ſe llama el Capitan, de cuya mano recibiò las mercaderias, y á quien era preciſſo pagaſſe ſus fletes; y ciertamente no encontraria con los nombres de dos Capitanes, no aviendo mas de vno; pero hallaria facilmente el nombre del Capitan, ſi lo miraſſe en ſus libros, donde tendria ſentada la paga de los fletes; en que ſe vè era ignorancia afectada, pues la pudo con tan leviſsima diligencia vencer.

Pudieramos diſculpar eſte perjuro con la doctrina de los Authores, que eſcuſan al teſtigo quando depone dos coſas contrarias, ſi es immediata ſu emmienda, con alguna juſta cauſa de olvido; pero no es poſsible, pues los miſmos Authores enſeñan, que para hazer eſta emmienda, y retractacion, es preciſſo ſea antes de averſe eſcrito la depoſicion, ò à lo menos antes de averla firmado; (6) y aſsi, no hallamos juſta excuſacion alguna al perjuro, como expreſſamente lo dizen todos por la ley *qui falſo* 16. *de teſtib.*

Con viſta de eſtas contrarias declaraciones, inſtò eſta parte, para que, pues avia confeſſado en la primera tener en ſu poder faturas, y conocimientos, ſe le compelieſſe à ſu exhibicion, ſin embargo de la ſegunda,

(6) *Lx. qui falſo 16. de teſtib. lx eos in princip. de falſ. lx cum pretium de liber. cauſ. cap. licet cauſam de probat.* *D. Covarrub. lib. 2. variar. cap. 13. num. 8. verſi. cæterum. & ibi Faria cum plurimis. Julio Claro lib. 5. ſent. §. vltim. quæſt. 53. verſic. tertiùs caſus. Menochio de arbitr. lib. 2. cent. 2. caſu* 108. *num.* 1. *& 2. ibi*: Incontinenti autem tunc correctio facta dicitur, quando adhuc ſuum teſtimonium perfecte ſcriptum non eſt, vel ſi eſt perfecte ſcriptum ipſe tamen teſtis adhuc non ſubſcripſit. *Idem de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 43. num.* 1. *ibi*: Dicimus itaque, quod ſi actor, vel reus reſpondeat variá poſitionibus adverſarij, præſumi per fraudem reſpondere, ita ad rem noſtram ſcriptum reliquit Alciatus in tract. de præſump. reg. 2. præſump. 31. ex cap. 1. vt Eccleſiaſt. benef. ſine diminut. conferant. quo circa ſancitum eſt (vt idem Alciatus annotavit) in cap. vlt. de iur. iur. in 6. per iurum illum cenſeri, qui varia, & contraria reſpondet, & ob id ea periurij pœna puniri.

en que negò tenerlos.

Mandòse assi, por ser conforme à disposicion de las leyes, (7) que ordenan se estè à la primera declaracion; y en fuerça de el apremio el Procurador del señor Don Juan Domingo presentò vn papel con varios numeros, y caracteres, diziendo, ser la fatura *Original*, remitida de Genova por Don Juan Lorenço Saporito; y jurò ser la misma en anima de su parte, como consta al fol. 7. Y ser esta la fatura *Original*, lo repite al fol. 15. de que se califica el perjuro antecedente, pues exhibe con juramento lo mismo, que con la propria solemnidad negò tener.

(7) *Menochius de arbit. lib. 2. cent. 2. casu* 108. *num.* 10. *ibi:* Magis recepta opinio est esse credendum priori testimonio. *& Paulo post.* Quod fortius procedit vbi primum testimonium rati habitione sequuta confirmatum fuit. *D. Covarrub. dict. lib. 2. var. cap.* 13. *num.* 8.

Pero aun mayor prueba, y convencimiento de su dolo es el mismo papel, que llama fatura original, siendo falsa; lo qual se convence de su misma inspeccion, pues cotejada con la letra del señor Don Juan Domingo, no avrà à quien no le parezca semejante; y lo cierto es, ser summamente diversa de las letras de las cartas de sus correspondientes, assi de las que tiene presentadas, como de las que presentò nuestra parte; y aunque sobre este punto no se ha pedido comparacion de letras, por peritos, reservamos esta diligencia à los ojos de los señores Juezes, en cuya integridad cessa el temor, porque se escusò esta diligencia.



La segunda circunstancia, que acredita la suposicion de esta fatura, es, no tener alguna de aquellas expressiones, que en el Supuesto quinto diximos tienen, y deben tener las faturas, por donde se viene en conocimiento de su bondad, y calidad, con numero, medida, peso, precio, color, y marca, pues de otra suerte no se puede conocer lo que se

remite, y ſe entrega; y como las letras, y numeros de que ſe compone el papel preſentado, pueden tener la ſignificacion, y el valor que les quiſiere dar la parte, que entre ſus mudos caracteres eſconde la verdad, menos à aquel con quien tiene convenida ſu ſignificacion, mal podràn los demàs entender el vario, equivoco, y dudoſo ſentido de las que ſon ſeñas, y no palabras. El no expreſſar el color tuvo por baſtante duda el Juriſconſulto Vlpiano, (8) para probar la calidad de el veſtido, y juzgò preciſſa ſu expreſsion: luego mucho mas debiera expreſſarſe en los generos, que contiene la fatura, el peſo, y color, que no ſolo ſirven à la diſtincion, ſino à la bondad.

(8) *Lx.* 19 § 4. *de furt. ibi*: De veſte quæritur an color eius dicendus ſit? Et verum eſt colorem eius dici opportere.

La tercera, es, que el miſmo ſeñor Don Juan Domingo la califica de falſa, pues en la continuacion de eſte pleyto preſentò voluntariamente la quenta de las mercaderias vendidas, y en ella ſe haze cargo de partidas, que no eſtàn en la fatura; y no dize, que aunque no ſe expreſſaban en ella, las avia recibido, ſino como eſtaba ya preſentada la fatura por Don Antonio, de la qual conſtaban todos los generos remitidos, no parece ſe atreviò à ocultar en la quenta, lo que ocultò en el papel.

Pero eſtan demás todas eſtas expreſsiones, pues aun ſin alguna de ellas, la acredita falſa la miſma alegacion del ſeñor Don Juan Domingo, al fol. 166. (9) donde dize: Que la fatura del fol. 7. que como original preſentò ſu Procurador, no es ſino copia.

(9) *Alegato del ſeñor Don Juan Domingo al fol.* 166. *buelta, donde dize*: Y porque nada es menos del caſo, que las reflexiones que haze en orden à los conocimientos, y à la fatura, fol. 7. porque no pueden conducir à la ſubſtancia, la equivocacion de dezir mi parte al fol. 4. que paraban en ſu poder dichos conocimientos, y à la buelta que los entregò para recibir las mercaderias, como eſto vltimo es lo cierto, y lo preciſſo, porque no ſe entregan de otra ſuerte; ni la dicha fatura, que preſentò el Procurador de mi parte como original, ſiendo vna copia.

Dize que es copia, pero no de què original; y culpa al Procurador, lo que eſtando èl preſente executò en virtud de ſu orden, con la cir-

circunſtancia de averlo jurado en anima de ſu parte; y ciertamente no obrò el Procurador ſin orden ſuya, (10) y quando lo huviera executado, pudiera vſar del remedio legal, y revocar la confeſsion de ſu Procurador luego que llegò à ſu noticia; (11) pero tan lexos eſtuvo de hazerlo, que lo ratificò al fol. 16.

Y pues con todas eſtas queſtiones no ha parecido todavia la verdad, ni la fatura, obſcurecida la fatura en ſu contumacia, y la verdad en el perjuro de los fol. 4. 7. y 16. y en la falſedad del papel del fol. 7. que vnas vezes es original, y otras copia, podrémos con razon dezir lo que el Juriſconſulto Labeon, en la definicion del dolo, que refiere Vlpiano, (12) era toda ſuerte de aſtucia, fallacia, y machinacion para engañar à otro; y ſi el dolo es aſtucia, à que correſponde la palabra latina *calliditas*, (13) y la mayor aſtucia es el mendacio: (14) ſerà el mendacio manifieſta prueba del dolo, (15) que augmentarà ſu gravedad mas de lo que ſe puede dezir, la circunſtancia de ſer con juramento, porque aſsi como jurar con verdad es acto de Religion, es ſu mayor ofenſa jurar ſin ella; por lo qual reſervaron las leyes á ſolo Dios el caſtigo de eſta culpa. (16.

Y quando mas benignamente quiera interpretarſe lo que llevamos dicho, no ſe puede dexar de reconocer quan deſvalida eſtá la verdad en la ocultacion de la fatura legitima, exhibicion de la falſa, y mendaces juradas confeſsiones, y pues obſcurecerla nó es menor delito, que negarla, como lo dize el Juriſ-

(10) *Menoch. de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 37. num. 1.*

(11) *Iuxta tradita à Pareja de Inſtrument. edit. tom. 2. tit. 7. reſolut. 3 per totam.*

(12) *Vlpianus lib 11. ad edictum. in lege 1 § dolum. verſic. Labeo autem de dolo. ibi:* Itaque ipſe ſic deffinit: dolum malum eſſe omnem calliditatem, fallatiam, machinationem ad circunveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.

(13) *Geneſ. cap 3 verſ. 1. ibi:* Serpens erat callidior cunctis animantibus terræ.

(14) *Geneſ. vbi ſup. verſic. 13. ibi:* Serpens decepit me.

(15) *D. Larrea 1. p. alleg. 66. num. 39. ibi:* Maior dolus præſumitur in eo qui dicit mendatium. *lx ſiquis affirmaverit* §. 1. *lx. quod venditor lx. eleganter § idem Pomponius de dolo. lx. falſus §. ſiquis de furt. Menoch lib. 5. præſumpt. 3. num. 33. cum multis Maſcardus de probat. concluſ. 31. num. 19. & 26. Tiberio Deciano lib. 3. conſ. 32. num 29.*

(16) *Lx. 26. tit. 11. part. 3. ibi:* Mentira jurando alguno en pleyto, dádole ſu contendor la jura, ò el judgador, no le podemos poner otra pena ſi non aquella que Dios le quiſiere poner.

risconsulto Paulo, (17) justamente podrèmos dezir està convencido, y manifiesto el dolo de la contraria.

Esperabamos oír en satisfaccion de esto alguna disculpa legal, pero lo que, por parte del señor Don Juan Domingo se alega, desde el fol. 163. hasta el 167. es: *El que no merece respuesta, y que se deben repeler de los autos los escritos de nuestra parte, como calumniosos, y que se intenta denigrar con ellos la buena fee, y opinion de sus notorios procederes*; prosigue, llamando à este *remedio temerario, porque se desespera de otros, y en que se reconoce la flaqueza de nuestra parte.*

Esto tiene grande afinidad, y parentesco, con disculpar el perjuro con la equivocacion, y la falsedad de la fatura, imputando la culpa al Procurador.

Dize, que no merecemos respuesta, y si esto es responder à las razones, leyes, doctrinas, y Authores, que vàn expressados, en vano ha sido nuestro trabajo, y tambien lo serà el de los Authores, que escrivieron sobre este assumpto.

Dize, que es remedio temerario, pero como el que intentamos es el que previenen, y disponen las leyes, explican los Authores, y dictan la razon, y la justicia; de las leyes, y los Authores serà la temeridad, y no nuestra.

Dize, que es calumnia, notar su buena fee, y justos procederes, y no tiene razon en imputarnos esta culpa, pues como diximos al principio, no se atreviò esta parte à hazer concepto menos decente de los procederes del señor Don Juan Domingo, hasta que le viò jurar falso en las declaraciones sobre la ex-

(17) *L. x. 16 §. 2. ad leg. Cornel. de fals. ibi*: Sed, & cæteros qui in rationibus, tabulis, literis publicis, alia ve qua re sine consignatione falsum fecerunt, vel vt verum non appareat, quid celaverunt, subripuerunt, subiecerunt, resignaverunt eadem pœna affici solere, dubium non est. *Antonius Fater in ration. ad legem. 2. de in lit iur. ibi*: Cæterum omni casu, quo instrumenti exhibitio aliqua petitur, & denegatur, magna præsumptio est doli contra nolentem exhibere, vt aiunt Pragmatici.

exhibicion de la fatura. De este acto naciò la sospecha, que se confirmò despues, por las demás circunstancias, que van expressadas; pues ciertamente, nunca pudo imaginar cabia en el señor Don Juan Domingo aver viciado las mercaderias, hasta que viò la grande resistencia, que ha tenido, y tiene à mostrar la fatura, vnico instrumento con que podia probar ser las que exhibia las mismas, que se le remitieron; por lo qual, injustamente imputa de calumnioso el concepto, que producen sus operaciones, y no nuestro dictamen; y si todavia està quexoso, culpe las leyes, y Authores, que forman este juizio en el que se resiste à la exhibicion de el instrumento, que acredita la verdad, estando en su mano purgarse de la sospecha; (18) prosigue en responder à nuestra peticion.

(18) *Faciunt plurima quæ congessit Menochius lib.2 præsumpt. 91.adversus eum, qui probationes, & instrumenta occultat, ob quod dicitur fovere malam causam.*

Acusa al Abogado de nuestra parte, que principiò la instancia el año de 701. de ignorante, *porque empezò vn pleyto, sin saber contra quien, ni como, à ver quien se descuydaba por la resulta del lance.*

Pero sin enojo, ni ceño, le queremos responder, que este pleyto se intentò contra el señor Don Juan Domingo Saporito, hombre entonces de negocios de la Ciudad de Cadiz, quien recibiò seis caxas de mercaderias, y generos de sedas, proprias de Don Antonio Frediani, que comprò de Juan Baptista Solaro, fabricante en Genova, que las empeñò en Don Bartholomè Seporina, y Don Juan Lorenço Saporito, quienes las remitieron al dicho señor Don Juan Domingo, para que pagando Don Antonio la cantidad de su empeño, se las entregasse.

Que aviendo acudido Don Antonio à

recoger sus mercaderias, y tratar de su desempeño, las hallò viciadas, y no de la calidad, que avia contratado; que al ver el defecto, se persuadiò, se avria causado en Genova; porque, quien seria tan temerario, que ossasse imaginar, que el señor Don Juan Domingo lo avia hecho? Y como el medio de justificar si se avia hecho en Cadiz el perjuizio, ò se avia cometido en Genova, era confrontar los generos con la fatura, pidiò, que el señor Don Juan Domingo la exhibiesse, porque de ella se avia de conocer el origen del daño; y assi Christiana, y legalmente hizo su primer pedimento, refiriendo el contrato, y pidiendo la fatura, sin mostrar rezelo alguno de la legalidad, y verdad del señor Don Juan Domingo.

La accion intentada en el primer pedimento fue la accion *ad exhibendum*, preparatoria de la *rei vindication*, de cuyas dos acciones hablaron los textos, y Authores citados al num. 1. de este articulo.

La resulta, que de aqui se esperaba, era, presentada la fatura, y confrontados con ella los generos, saber el author de el daño de èsta parte, y si el señor Don Juan Domingo avia recibido las mercaderias viciadas, ningun derecho tendria esta parte contra él; pero como del hecho de no querer exhibir la fatura, con que se avia de comprobar, resulta la presumpcion de ser author del daño, no mostrando, que llegaron viciadas: justamente se dirige contra él la accion, en cuya instancia han intervenido perjuros, mendacios, y falsedad: de que se sigue la clara manifestacion de la justicia de esta parte.

A là exhibicion de la fatura, en que tanto

to se interessa el credito, y verdad del señor Don Juan Domingo, està obligado por tres razones. La primera, por el ministerio, que entonces exercia de commerciante, cuyos libros, y papeles son toda la fee de los contratos; y siendo la fatura la que prueba el recibo de las mercaderias, que entran en su poder, no puede negarse à exhibirla, por lo que dixeron los Jurisconsultos Gayo, y Vlpiano, (19) en que se debe notar, no se admite excusacion alguna, sino es aquellos casos fortuitos del incendio, naufragio, ò ruyna, como lo dize el mismo texto; y aun es mas digno de nota, que de la obligacion de exhibir, no se libra con el juramento de no tener, segun lo expressan los Authores. (20)

La segunda, por razon de el contrato, pues el que fue empeño en Don Bartholomè, y Don Juan Lorenço, es mandato en el señor Don Juan Domingo, para el exercicio de las acciones, y deposito para su fiel custodia; y de estos dos contratos, nace la accion, que esta parte exercita en la *rei vindicacion* de las mercaderias, que estaban á la custodia de la contraria, como lo dizen los Authores. (21)

La tercera razon, es, pertenecer la fatura à la vtilidad del que pide su exhibicion, pues solo este titulo basta para deberse exhibir, como lo previenen las leyes (22)

Si por estos tres titulos es debida la exhibicion, facilmente se colige quan grave es el

(19) *Lx.si quis ex argentarijs 6.§. 9.lx.argentarius 10.de edendo Pareja de instrument.edit. tom. 1.tit 5.resol.15. per totã. signanter num.* 10. *ibi*: Ex quibus omnibus absque dubio dicendum est iure nostro Regio attento precipue, quod probata qualitate hæredis, venditoris, aut alterius qui de evictione tenetur, manumissoris, creditoris, socij, procuratoris, tutoris, exactoris, notarij, sive tabellionis, & his similium de quibus mentionem instituit. tx. in dict. lege 17. tit 2. part. 3. aut mercatoris, sive campsoris quorum meminit tx. in dict. leg. 10. tit. 18. iib 5. Recop. quæ originem duxisse credimus ab Azone in summa tit. ad exhibendum ex n. 6. vbi similes personas iure actionis teneri ad exhibendum affirmat, & sic statim, editionem petentis cum fundata sit intentio, & adversus conventos militet iuris præsumptio merito compellendi sunt ad editionem instrumentorum, rationum, &c.

(20) *Pareja de instrum. edit. vbi sup. n. 7. ibi*: Omissionem iuramento non probari, sed per veras probationes, ex Menochio, Farinacio, & alijs.

(21) *Dict lx.16 §.in vindicatione de pignorib. Pareja vbi sup. num* 8. *qui plurimos citat.*

(22) *Lx.non ignoravit 4. Cod. ad exhibend. Lx penult. C. de in lit. iur. Lx. sicut datam 26. C. de liber caus. Lx plures apochæ 19. C. de fid. instrument. Antonius Faber in ration. ad lg. 2. de in litem. iur. ibi*: Non enim inspicimus an actor sit dominus Chartæ, in qua instrumentum scriptum est sed an eius gratia scriptum sit, & vtilitate ad eum pertineat. lx si quis 6 §. ex hoc edicto, & seq. de edendo. lx. in instrumentis 10. de in lit. iur,

el dolo del que se resiste à exhibir el instrumento, que igualmente puede justificar su innocencia, y el interés de la parte, aun quando no interviniessen las circunstancias, que hasta aqui hemos expressado; pues aun sin ellas es comun opinion deberse deferir el juramento *in litem*, para satisfazer à la parte su interès, como por Regla general lo sientan los Authores. (23)

No con poca diligencia hemos mirado esta causa, à fin de hallar alguna excusacion à la grande resistencia de el señor Don Juan Domingo, y parece podria dezirse en su defensa: Que el no exhibir la fatura, y el dolo que de ello resulta, es negativo, y de omission, al qual no corresponde la pena del juramento *in litem*, comparandole con el Escrivano, que no exhibe el instrumento, y à quien solo se debe condenar en el interès, que justificare la parte por otros medios de probar; pues en el dolo negativo, y de omission, qual es el que consiste en omitir, ò no hazer, no se defiere el juramento *in litem*, como lo notaron los Authores. (24)

Pero que no se pueda adaptar esta doctrina, se reconoce con evidencia, de que el dolo en que hasta aqui hemos discurrido es positivo, y de commission, qual es el perjuro, y la presentacion de la fatura falsa; y tambien, de que es dolo verdadero, y no presumpto; á que se añade, que la verdadera opinion, es, deberse diferir el juramento *in litem*, no solo contra el convencido de dolo, si tambien quando el dolo es presumpto, como se vé en los Authores del margen, (25) y en todos los Interpretes, sobre la *ley tutor qui repertorium de administrat. tut.* Y en los mismos Authores se halla

la

(23) *Lx in actionibus de in lit iur. ibi*: Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur. *Lx semper §. hoc interdicto. quod vi aut clam. lx si quando 9. C. vnde vi. cap. super eo de his quæ vi. lx. 5. & 11. tit. 11 part. 3. & ex Menochio, Mascardo, Mancino, Eusebio, Farinacio, Seraphino, & alijs refert Pareja de instrum. edit tom. 2. tit. 7. resolut. 10. num. 23.*

(24) *Menochius de arbit. casu 208 num. 14. Leotardus de vsuris quæst. 77. & plures quos refert Pareja vbi proxime supra num. 26.*

(25) *D. Covarrub. lib. 2. variar. cap. 14. num 5. & 6. Pedro Barbosa in præludio in lege si mora 10. de solut. matrim. n. 33. Augustin. Barbosa in Collectan. ad tx. in lege 2. C. de in lit. iur. Alexander Trentacinq variar. lib. 1. tit. de dolo resolut. 2. num. 1. plures apud Pareja vbi sup. n. 24.*

la razon de esta doctrina ; y es, que como el dolo consiste en el animo, no se puede probar sino por indicios, y conjeturas; (26) y que estas, no solo basten para convencerlo, sino que al modo que en el hecho externo prueban plenamente dos testigos, en la del dolo prueben dos conjeturas ; es doctrina de los DD. del margen. (27) Veafe, qué se deberà estimar donde ay tantas?

Pero para escusar el mas leve escrupulo, que sobre este punto se pueda ofrecer, acordarèmos la distincion de Angelo, à la ley *Argentarius*, §. *cum autem. de edendo* ; que como Magistral recommienda Pareja en lugar citado, y dize: O la exhibicion del instrumento se pide *iure actionis*, y entonces interviniendo dolo, sea posſitivo, ò negativo, de omisſion, ò de commisſion, el interés se prueba por el juramento *in litem* ; ò la exhibicion se pide *officio iudicis*; y entonces, si el dolo es de omisſion, se probarà por otros medios el interès, y no por el juramento.

De esta doctrina se sigue, que pues la exhibicion de la fatura que pedimos, es por la accion, que compete à esta parte, como señor de las mercaderias, y es el dolo no solo presumpto, sino verdadero, no de omisſion, sino de commisſion, no puede aver duda en la delacion del juramento; y mucho menos, quando el dolo consiste en no hazer lo que pudo, como lo dixo el Jurisconsulto Vlpiano. (28)

G La

(26)
Lx. dolum Cod de dolo. lx. 1. Cod. ad leg. Cornel de Sycar. cap. 1. de præsumpt. cap fin. de renunt in 6.

(27)
D. Larrea alleg. 99 *n.* 25 *.ibi:* Et sufficere duas conjecturas, vt dolus probatus censeatur, *glos. in leg. instrumenta C. de probat cap. cum dilectus de subces. ab in test. cap ille vos de pignor. Ananias concil.* 99. *Calcaneus consil* 8 *citat quam plurimos, & infra.* Dico, quod sicut in materia probabili per testes regulariter duo testes sufficiunt leg. vbi numerus ff. de testib. ita in materia per testes non probabili, in qua præsumptiones subrogautur loco testium sufficere debent duæ præsumptiones, vt subrogatum sapiat naturam eius in cuius locum subrogatur. *Et in num.* 26 *assignat rationem ibi* : Decimo quia cum fraus, & dolus ex animo pendeant, non possunt probari testibus, & inditia, & conjecturæ circa dolum dicuntur liquidæ probationes, quia cum aliquid fit palam, & publicè, quemadmodum requiritur probatio manifesta, & luce meridiana clarior, lg. sciant cuncti C. de probat. quando factum est occultum vt dolus, qui consistit in animo sufficiant inditia præsumptiones, & conjecturæ, sicut quando aliquid in die amittitur in domo aperiuntur feneſtræ vt solis luce inveniatur, si vero nocte amissum sit loco solis deservit splendor lucernæ.

(28)
Lx. si procuratorem 8 *mand. vel contra, ibi:* Dolo autem facere videtur, qui id quod potest restituere, non restituit.

La exhibicion de las cosas, se pide por razon de dominio, y como preparacion de la *rei vindication*; à cuyo fin, fue principalmente instituida la accion *ad exhibendum*, (29) y la exhibicion de los instrumentos por razon de el dominio, y la vtilidad del señor; y como para rei vindicar la prenda de sus mercaderias, era precissa su exhibicion; y para justificar el vicio no avia otro medio, que confrontar los generos con la fatura: sola su ocultacion acreditaba el dolo, sin ser necessario recurrir à que jurò falso, y presentò vna fatura falsa.

(29) *L. x. 1. ad exhibendum.*

En fee de esta verdad, asienta *Pareja* en el lugar citado, cinco conclusiones, en que encierra toda la materia, que disputamos, las llama admirables en el num. 34. y en el 27. de la *resolut*. 2. del mismo titulo, las buelve à recommendar; y dize, trabajò mucho en recogerlas, y que son ciertas, è indubitadas. En la primera, habla de nuestro caso, (30) q̃ es estar obligado, como diximos, el señor Don Juan Domingo, por el ministerio, que exercia en el commercio, por parar en su poder las mercaderias, y con ellas la fatura de su remessa; y por pertenecer á la vtilidad de esta parte, y ser el medio conque podria librarse el señor Don Juan de la legal presumpcion de exhibir dañadas las mercaderias, no justificando averlas recibido con este defecto, y que este dolo no quede en terminos de presumpto, sino de cierto; pues en sus obras, y palabras le acredita.

(30) *Pareja vbi sup. num. 29. ibi*: Prima conclusio: quoties dolus committitur in faciendo, sive quis obligatus sit originaliter per actionem, sive per officium iudicis nobile, aut mercenarium interes se probatur ab eo, qui petit aditionem per iuramentum in litem.

Podria dezirse, que ya es inutil la disputa de la exhibicion de la fatura, por aver enagenado el señor Don Juan las mercaderias, y que ya por ella no se puede venir en conoci-

miento

miento de si las recibiò con defecto, ò sin èl; pero como aun resta comprobar el verdadero valor, y precio à que se compraron en Genova, todavia dura justo motivo de esta pretension; y aunque cessara, no por esso dexa de permanecer firme, è invariable aquel derecho, que se adquiriò à esta parte, en el dia, que se le mandò exhibir al señor Don Juan Domingo, el qual, ni se dismuneye, ni altera por accidente alguno, aya, ò no cessado la causa, à cuyo fin se solicitaba la exhibicion, como lo dize Vlpiano, en cuya exposicion los Authores. (31)

(31) *L. x. vbi exigitur. § is autem de edendo, & ibi glossa verb. inter fuit sic ait*: Qui non edidit mihi tenetur in id, quod intererat mea, cum de edendo decerneretur, sive postea nihil, sive pluris, sive minoris mea inter fuit. Pareja vbi sup. num. 18.

Por estos motivos, espera Don Antonio deber al justificado dictamen de V. S. forme el concepto de quan poco sinceras han sido las operaciones de el señor Don Juan Domingo, y que en ellas està manifiesto el dolo, segunda circunstancia, que debe intervenir, para que se difiera el juramento *in litem* de nuestra pretension. Advirtiendo, que hasta aqui, solo se ha discurrido sobre las circunstancias, que le acreditan en el vicio de las mercaderias, ocultacion de la fatura verdadera, y presentacion de vna falsa; y que aun restan otras en la injusta, y dolosa enagenacion de los generos, cuya disputa reservamos al Articulo siguiente.

ARTICVLO SEGVNDO, SOBRE LA venta de las mercaderias empeñadas.

BOlviendo à la serie de los autos (de cuya puntual relacion se conoce mejor la justa pretension de esta parte) dirèmos: Que avien-

aviendose presentado por el señor Don Juan Domingo, aquel papel, que llamò fatura original, y *despues dixo, que no lo era*; en el intermedio de estas dos contrarias asserciones, instaba nuestra parte sobre la exhibicion de la fatura verdadera; y no sabemos, qué hado maligno intervino para que el Juez declarasse, *no aver lugar por entonces la exhibicion pedida*, contra toda la disposicion del derecho; pero reconociendo el processo, sospechamos la causa de esta determinacion en lo alegado por la contraria, al fol. 16. donde dize: *Que Don Antonio es calumnioso, y su demanda insubstancial, que no es parte para pedir las mercaderias, porque no las quiso por ser defectuosas, ni quiso pagar la cantidad de su empeño; y que tampoco lo es para pedir la fatura, que ya estaba presentada, y no le era del caso, porque en ella no se pone la calidad, sino el numero.* Y prosigue tan largamente, que solo le faltò pedir dinero encima, despues de quedarse con su caudal; pero esto ya lo haze oy el señor Don Juan Domingo, pues se ha quedado con todo el valor de las mercaderias, y no aviendo pagado à Don Bartholomè Seporina, acreedor de ellas, pide à Don Antonio cinco mil pesos, por lo que valieron menos de lo que importaba el empeño.

Por lo referido, discurrimos, haría el Juez concepto, de que este contrato era vna venta con el pacto de la ley commissoria, de que hablamos en el Supuesto primero; y en cuyo sentido lo alega el señor Don Juan Domingo, en el referido fol. 16. donde dize: *Que el contrato se disolviò, por no aver querido nuestra parte cumplir con el que supone hizo con Juan Baptista Solaro.*

Pero

Però quan errado fuesse este concepto se convence de lo que llevamos dicho en los Supuestos segundo, y quinto, donde consta, que el contrato de compra, y venta de generos, y balsamo entre Don Antonio, y Juan Baptista, quedò perfecto, y consumado con reciproca entrega de precios, y generos, segun parece del testimonio, que se cita, y que el contrato, que oy se disputa, es, el mutuo de Don Juan Lorenço, y Don Bartholomè, sobre la prenda de los generos comprados, y pagados à su dueño, cuyo dominio se trasladò en Don Antonio, à quien debia restituirlas el señor Don Juan Domingo, las mismas, que se le remitieron; para cuya comprobacion, ninguno otro medio era mas legal, ni mas claro, que la misma fatura.

Suspendiòse el curso de este pleyto por varios motivos de ausencias, y ocupaciones; pero el principal, fue, aver empezado á decaer el credito del señor Don Juan Domingo, por los varios, è inciertos accidentes de el commercio, siendole preciso para librarse de las importunas instancias de sus acreedores solicitar moratoria, como lo consiguiò algunos años es notorio, y las cedulas paran en los Oficios de Don Juan de Borja, y Don Francisco Gamonales; y por esto injustamente culpa el silencio de esta parte, infiriendo de él desconfiança en su justicia; pues fue cuerda advertencia suspender el curso de el pleyto, cuyo mejor sucesso quedaria frustrado en la insolvencia del deudor; y antes debè agradecer no aver añadido à su congoxa la molestia de esta pretension.

Instaurada su instancia, quando ya el señor Don Juan Domingo, constituído en la

Dignidad de Consejero de Hazienda, adornada su persona con el Abito de Santiago, y con el empleo de Administrador de la Aduana de Cadiz, y mejorado de fortuna en su gran caudal, haze mas dificil la contienda; pero confiada esta parte en su justicia, y en la integridad de los señores Juezes, buelve à su solicitud, con entera confiança de alcançarla.

Aun no avia el Juez Ordinario pronunciado el auto, que diximos, de no aver lugar por entonces à la exhibicion pedida de la fatura, que avia de comprobar el defecto de los generos, quando pendiente esta instancia, sin algun temor, ni rezelo de que el Juez pudiesse mandar exhibir la fatura, y confrontar con ella las mercaderias, las enagenò el señor Don Juan Domingo. Y no parece se expondria á este riesgo sin alguna seguridad del auto, que se proveyò despues; pero no creemos huviesse en la integridad del Juez defecto, ni esto es possible imaginarlo; pues seria delito gravissimo presumir contra quien tan acreditada tiene su integridad en los grandes empleos, que se han fiado de su persona. Lo que creemos, es, que como todo el cuydado del señor Don Juan Domingo, fue, el huir la manifiesta comprobacion de el vicio de los generos en su poder, quiso evitar este riesgo enagenandolos, aunque fuesse à costa de sus interès, es, dexandolo solo en los terminos de la presumpcion legal de los dos textos, que la acreditan. (1)

(1) Citatæ leges. Civile 5 Cod. de furtis, & maiorem 4. Cod. ad leg. Cornel. de fals.

Al mismo tiempo, que contendia sobre la exhibicion enagenò el señor Don Juan Domingo las mercaderias; y por mucho tiempo ignorò esta parte su venta, hasta que

en

en el discurso de este pleyto confessò averla executado al tiempo que duraba esta instancia; y porque pretende, que pudo vender justamente, por no aver pagado Don Antonio la cantidad de su empeño; en cuyo caso, es permitida la venta de la prenda, serà el assumpto de este Discurso, averiguar el tiempo, y la forma, en que se permite al acreedor la distraccion de la prenda.

Sabida es la Regla del Derecho, que permite al creedor la venta de la prenda para satisfacerse de su credito contra la mora de su deudor. (2) Tan propria es del contrato de la prenda, la facultad de vender, que aunque se pactasse lo contrario, dudaron muchos Authores la subsistencia del pacto; (3) pero nuestras leyes de partida (4) nos quitaron la duda, disponiendo: Que quando interviene el pacto de no vender la prenda, son necessarios tres requerimientos, y dos años de mora despues de ellos.

Pero quando en el contrato no se expressa, que el acreedor pueda vender la prenda passado el termino prefinido à la paga, solo puede vender siendo el deudor moroso, con las solemnidades, que previene nuestra ley de partida; (5) y en este caso, despues del requerimiento, deben passar doze dias en los bienes muebles, y treinta en los raízes; à cuyo breve termino reduce esta ley el de dos años, que por derecho commun se necessitaban. (6)

El tercer caso (*que se quiere sea proprio de nuestro pleyto*) es, quando se pacta la facultad de vender, y se prefine el termino de la paga; que entonces tiene el acreedor facultad de distraher la prenda, guardando las solem-

(2) *Lx. Creditoris 8. de distract. pignor. lx. quandiu 6. lx. quæ specialiter 9 Cod eodem.*

(3) *Lx 4. de pignor. act. lx. Aristo quæ res pign. Arias de Mesa variar. lib. 2. cap. 25. num. 11. & ibi plures per eum congesti.*

(4) *Lx. 42. tit 13. part. 5. ibi:* Otrosi, dezimos, que si pleyto fuesse puesto, quando empeñasse la cosa, que el que la recibe por peño non la pudiesse vender. Maguer tal pleyto fuesse puesto, si aquel, à quien fue empeñada afrontasse al que gela empeñò tres vezes ante omes buenos que la quitasse, è passassen dos años despues, que lo oviesse afrontado, que la quitasse; dende adelante bien la podria vender.

(5) *Eadem lex. 42. tit. 13 part 5. ibi:* Sin plazo obligan los omes à las vegadas los peños simplemente, non señalando dia, à que los quiten, nin faciendo en miente de los vender. *Vt in lege fin. §. 1. C. de iure Domin. Impet. lx si convenerit de pignor. act.*

(6) *Lx vltim in princip dict. tit. de iure Dom. Impet.*

lemnidades de derecho, que expressa nuestra ley de partida. (7)

No consta del processo si se pactò, ò no esta facultad, pues debiendo parar el contrato en poder del señor Don Juan Domingo, por ser el instrumento, que avia de expressar la facultad de su mandato, y la orden de sus principales, conforme à la obligacion, que con ellos hizo Don Antonio, debiera averlo presentado, como fundamento de su intencion; pero por escusar inutiles disputas, le concedèmos, sin perjuizio de la verdad, el que se huviesse pactado la venta de las mercaderias dos meses despues de su llegada à Cadiz, no pagando el deudor la cantidad de su empeño.

Conque no es la disputa si puede vender, ò no el acreedor la prenda; sino el tiempo, y la forma, que prescriben las leyes para su venta; en que se deben notar tres circunstancias, que son: Mora en el deudor, requerimiento antes de la venta, y en la venta almoneda, y buena fee; à cuyo breve examen se reducirà este Articulo.

PARRAFO PRIMERO, DE LA MORA.

ES la mora, vna injusta burladora dilacion de lo que se debe pagar, (8) y la castiga el Derecho quando contiene dolo, ò culpa, (9) pues no toda mora es delinquente. (10)

Dificil, dixo el Jurisconsulto Marciano, (11) era definirla; esto es, explicar los casos en que se comete, pues es su question mas de hecho, que de derecho; (12) y aun por esso tiene en ella gran parte el advitrio de el Juez.

(7) *Lx.41. tit.13. part.5. ibi:* Empero ante que la venda lo debe fazer saber al que gelo empeñò, si fuere en el lugar de como la quiere vender. *Et Paulo post.* E tal vendida se debe fazer en el almoneda, à buena fee, è sin engaño.

(8) *Cuiacius in leg. 23. de verb. oblig. in princip. Donellus. lib.3.comment.cap.2 quos refert Leotardus de vsur.quæst. 81.num.3 ibi:* Mora debitoris nihil aliud est, quam solvendi debiti iniusta, & frustratoria dilatio.

(9) *Lx.qui sine de Reg.iur.*

(10) *Lx.qui pecuniæ §.vsurarum de vsuris. lx. si pupillus de verb.oblig.*

(11) *Lx.mora 32.de vsuris.*

(12) *Dict.lx.mora. & lx quatenus de Reg.iur.*

Juez. (13) Vna es regular, que proviene de la perſona; y otra irregular, que ſe comete en la coſa, como lo dixo Marciano en la ley citada.

(13) *Menochius de arbit. caſu 220.*

La mora regular, que proviene de la perſona, ſe comete, quando el deudor interpelado, *oportunamente en tiempo, y lugar*, dexa de pagar, ò hazer lo que debe, ò prometiò, (14) y es la que ſe llama verdadera mora.

(14) *Ex vulgariſsima leg. mora 32. de vſuris. lx. ſi ex legati. lx. qui Romæ §. cohæredes de verb. oblig.*

Interpelacion *oportuna en tiempo, y lugar*, conſtituye la mora; y quando ſea oportuna, lo dixo Leotardo en la queſtion *proxime* citada, num. treze. Vna ſola interpelacion, y eſſa extrajudicial, baſta para conſtituir al deudor en mora, como es doctrina vniverſal de los Authores, que eſcuſamos referirlos, porque admitirà facilmente eſta opinion la contraria, por ſi pudiere valerſe de ella, y no propondrémos à la docta cenſura de V.S. ſino aquellas opiniones, que menos favorables fueren à nueſtra pretenſion, por ſer tan clara, que qualeſquiera la acreditan juſta.

Que es preciſſa alguna interpelacion (aunque ſea ſolo extrajudicial) es verdad indubitada, y el Brocardico de que el dia interpela lo acredita, pues ſirve de interpelacion el dia.

No es eſto tan fuera de duda, que no hubo algunos, que dixeran ſe neceſsitaba de interpelacion, para conſtituir al deudor en mora, deſpues de cumplido el plazo de ſu obligacion, fundados en la authoridad de Marciano, en la ley citada, donde explicando la mora, dixo, que ſe contraía por la perſona, ò la coſa; pero no dixo, que el tiempo fueſſe medio de conſtituir en mora al deudor. Otros dixeron lo contrario, refiriendo el

tiempo à la mora, que se contrahe por la cosa. (15) De todo lo qual, se inferirà à favor de la contraria, que teniendo la obligacion de esta parte dia cierto pàra la paga, no fue necessaria interpelacion para constituirle en mora; y de este principio, deducirà todas las favorables consequencias, que quisiere en la venta de las mercaderias.

(15) *Cuiacius in tract. ad Africanum in lege traiectitiæ 23. de act. & oblig.*

Limitacion de esta Regla, es, el caso de nuestro pleyto, dondè, aunque la obligacion tenga dia para la paga, es dia incierto, que contiene condicion; y aun tiene mas, pues tiene condicion expressa, que pende de los varios, è inciertos accidentes con que pudo dexar de llegar la Nao; que conducia las mercaderias, despues de cuya llegada avia de empezar à correr el termino de los dos meses para la pagá.

Que el dia incierto importe condicion, ó lo sea, es comun opinion de los Doctores; (16) y que en las obligaciones condicionales, y de dia incierto, sea necessaria interpelacion despues de llegado el dia, y justificadose la condicion, lo dizen muchos, y entre ellos Antonio Gomez, Segismundo Scacia, Alexandro Trentacinquio, y Forcatulo, á quien siguieron estos. (17) La razon es, porque parece absurdo, que en vna misma hora, qual es el cumplimiento de la condicion, ò el dia, nazcan à vn tiempo la obligacion, y la mora. Aunque esta doctrina fue de Forcatulo, no le pareciò bien la razon, que hemos dicho, porque dize no es nuebo en el Derecho, que en vn mismo punto, ò momento nazcan la obligacion, y la mora; y que esto se vé en el hurto, donde al mismo tiempo el que delinque es moroso; (18) y assi, diò otra razon; y

(16) *L. x. 75. de condit. & demonst. x. quoties. 59. de verb. oblig.*

(17) *Antonius Gomez lib. 2. variar. cap. 11. num. 31. Sigismundus Scacia de com. & camb. § 1. quæst. 1. num. 384. Alexand. Trentacinq. lib. 3. tit. de solut resolut. 32. nu. 10. Forcasulus libro de mora part. 3. num. 6.*

(18) *L. x in refurtiua de condicti in deb.*

y es ; que ſi en el dia cierto, no ſe neceſsita la interpelacion, es, porque debe imputarſe à ſi el deudor la ley, que ſe puſo; pero que quando pende la condicion , juſtamente ignora ſu cumplimiento. No menos esforçada razon diò Antonio Gomez al num.51. donde dixo: Que no debia obrar mas la obligacion condicional, que la pura ; y ſi en la obligacion pura no ſe conſtituye el deudor en mora ſin interpelacion : menos ſe podrà conſtituir en la condicional. A todo lo qual ſe añade : que no puede el deudor adivinar la llegada de el dia incierto , ni el cumplimiento de la condicion caſual ; por lo qual, no es juſto conſtituirle moroſo ſin la interpelacion , que le aviſe ha llegado el caſo de ſatisfacer ſu deuda.

Aun con todos eſtos fundamentos lo dudò *Leotardo*, en el lugar citado , al num.36. haziendo la diſtincion de quando el dia , ò la condicion, ſe puſo à la obligacion , ò á la paga , para que ſiendo pueſta à la paga el cumplimiento de la condicion , le haga moroſo, y no lo ſea quando eſtè pueſta à la obligacion; y dexando à la docta cenſura de V.S. el aprecio de eſta doctrina, dirèmos : ſe puede adaptar mal la ſentencia de Leotardo à nueſtro caſo , donde viniendo las mercaderias dirigidas , y conſignadas al ſeñor Don Juan Domingo Saporito , quien avia de tener la noticia de la llegada del Navio , y participarla à Don Antonio Frediani , y empezarſe deſde ella á correr el termino de los dos meſes prefinidos para la paga; no ſe halla en el proceſſo hizieſſe el ſeñor Don Juan Domingo eſta diligencia , pues la que ſe enuncia en el fol.2. de los autos, fue, cuydado de Don Antonio,

para reconocer ſus mercaderias; de que juſtamente debemos inferir, que no ſolò no era moroſo, ſino que con diligencia, y cuydado ſolicitaba el cumplimiento de ſu obligacion; y ſin duda huviera cumplido con ella, à no aver hallado viciadas, y defectuoſas las mercaderias; y ſi con ſencillez ſe mira eſta diligencia, ſe hallarà en ella puntualidad en Don Antonio, y mora en el ſeñor Don Juan Domingo.

Pero ſi aun no ſe ſatisfaze eſte eſcrupulo, darèmos otra razon mas evidente, que la dixo Baldo, (19) y es: No puede el deudor conſtituirſe en mora, ſi el acreedor no cumple el contrato, que celebrò, como lo acreditan las leyes, y explican los Authores. (20) El contrato, que diſputamos, es, deberſe entregar las miſmas mercaderias, que eſta parte hypothecò, y ſe remitieron al ſeñor Don Juan Domingo: luego mientras no ſe entregan las miſmas, no puede ſer el deudor moroſo. Eſta verdad no tiene contrario, pues aun quando quiſieramos creer en gracia del ſeñor Don Juan Domingo, que èl no fueſſe el autor de el daño, no ſe puede negar, que ſi no ſe entregan las miſmas mercaderias, que nueſtra parte empeñò, no ſerà moroſo, quando aun ni eſtà obligado à pagar.

(19) *Baldus in leg. in minorum Cod. in quib. cauſ in integ. reſt.*

(20) *Lx. Iulianus §. offerri, & lx. qui pendentem Cod. de act. empt. Sforcia Oddus conſ. 87. num. 14. Surdo deciſ. 179. num. 25. & 26. Gratiano diſcept. 143. num. 26.*

Diràſe por el ſeñor Don Juan Domingo, que él de ſu parte eſtubo prompto à cumplir la entrega de las mercaderias, que recibiò, y que el vicio, y defecto, que tenian, no era de ſu quenta, pues èl las entregaba como las avia recibido; y ſi eſto fuera cierto, ceſſaramos deſde luego en el pleyto; pero como para juſtificar, que las mercaderias, que moſtrò defectuoſas, eran las miſmas, que avia recibi-

recibido ; no tiene otro fundamento , que dezirlo ; antes bien impoſsibilitò todos los medios de probança, por donde ſe pudiera juſtificar, ſeñaladamente, ocultando la fatura, vnico inſtrumento de ſu comprobacion; en que vnas vezes jura, que la tiene, y luego jura, que no la tiene; preſenta con juramento vn papel, que llama fatura original, y luego dize, que no es original, ſino copia; y aunque la llama copia, no dize qual es el original, ni donde pàra; ſe convence, que no cumpliò de ſu parte con la entrega de las mercaderias, conforme la obligacion de ſu mandato.

Pero aun concedamos (ſin perjuizio de la verdad) que el ſeñor Don Juan Domingo eſtuvieſſe libre de eſte cargo, que tan plenamente juſtificado dexamos en el Articulo antecedente; todavia queda firme la razon, que diximos de no poder ſer el deudor moroſo, quando el acreedor no cumple de ſu parte con el contrato; y ſi todo el fundamento de la facultad, que ſe concede al acreedor para enagenar la prenda, es la mora de ſu deudor, verdad indubitada en el Derecho, no pudo el ſeñor Don Juan Domingo enagenar las mercaderias empeñadas, ò ya fueſſe el author de el vicio, y defecto de ellas, ò ya lo fueſſen los acreedores, que ſe las remitieron; pues liquidamente conſta, que, ò el ſeñor Don Juan Domingo, ò los acreedores, ò todos, no cumplieron de ſu parte en entregar las miſmas mercaderias empeñadas por la nueſtra.

Y ſi hazèmos reflexion à los autos, hallarèmos, que nueſtra parte no ſolo no fue moroſo, ſino que fue diligente, pues lo que conſta en lo que diximos antes al fol. 2. de

 los

los autos, es, que sin interpelacion alguna, llevado de el desseo de satisfazer su obligacion, passò à reconocer las mercaderias, y quien fue moroso, y lo es, es el señor D. Juan Domingo; que debiò, aun sin intervenir precepto de Juez, exhibir la fatura, y hazer con ella entrega de las mercaderias; y por no hazerlo, eligiò antes la contienda del juizio en que vnas vezes niega, otras confiessa, y nunca parece la verdad; y que esta sea la verdadera mora lo dizen las leyes, (21) y el Jurisconsulto Vlpiano, dixo: Era verdaderamente moroso el que queria mas litigar, que restituir; de que naciò aquella general doctrina de originarse la mora mas ciertamente de el dia de la contestacion del juizio, que del dia de la obligacion de la paga, pues pocas vezes, ò nunca, se viene à juizio, sin que preceda mora. (22)

Eligiò antes el señor Don Juan Domingo litigar, que exhibir la fatura; pero con tan poco aprecio, y estimacion del juizio, que sin ningun respecto de la litispendencia, se atreviò à enagenar, burlando toda la disposicion de las leyes, y el interés de nuestra parte. No caben en muchos pliegos las leyes, y los Authores, que acreditan esta verdad; y porque toda ella està dicha con mas expression en nuestra ley de partida, que lo que puede dezir nuestra rudeza, combidamos al lector, con su atenta leccion, al margen. (23.)

Por

(21) *Lx. quæsitum §. vltim. de legat.* 1. *Lx. nemo* 82 *§. vltimo de verb. oblig. ibi*: Et hic moram fecisse videtur, qui litigare maluit quam restituere.

(22) *Lx. 3 in princip. de vsur. ibi*: Tamet si non facile evenire possit vt mora non præcedente perveniatur ad iudicem.

(23) *Lx. 13 tit. 7. partid 3 cuyas palabras son*: Muchas vegadas acaece, que los emplazados, por fazer engaño à los que los fizieron emplazar, venden, ò enagenan maliciosamente las cosas, sobre que los emplazan: è quando vienen ante el judgador, para fazer derecho, à aquellos, que las demandan por suyas, dizen estonce los emplazados, que non son tenudos de responderles, porque non son tenedores de aquellas cosas, que les demandan. Por ende nos, queriendo desfazer tal engaño como este, tenemos por bien, è mandamos, que todo ome despues que fuesse emplazado, si enagenasse la cosa, sobre que fuesse fecho el emplazamiento quel quisieren demandar, diziendo, é razonando los demandadores, que non avia derecho en ella, è que era suya de ellos, que tal enagenamiento non vale, é que sea tornada aquella cosa en poder de aquel que la enagenò, è que sea èl tenudo de fazer derecho sobre ella. E demàs, que aquel que la comprò si fuesse sabidor de aquel engaño, que pierda el precio que diò por ella. E otrosi, el vendedor, que peche otro tanto de lo suyo, por el engaño, que fizo; è sea todo de la Camara del Rey. Mas si el comprador, non fuesse sabidor del engaño, è oviesse comprado aquella cosa à buena fee, debe cobrar el peño, que avia dado por ella, é aun demàs le debe dar el vendedor, por pena tanto, quanto montasse la tercera parte del precio, que valiò aquella cosa, è las otras dos partes del precio, que valiò aquella cosa, debe el vendedor pechar al Rey.

Por esta ley, entre las otras penas, se dà por nula la venta de la cosa litigiosa, porque habla en los bienes raízes, cuya restitucion se puede hazer de mano del tercero; pero en las cosas muebles, que, ò facilmente perecen, ò el tiempo las consume, y deteriora, y es inutil su restitucion, ò porque no parecen, ò porque se enuilecieron, quales son las mercaderias, que se disputan en nuestro pleyto; en vez de la restitucion, que por esta ley se manda hazer, se condena al que enagenò en todo el valor de ellas deferido al juramento *in litem* de la parte; y porque es este el principal assumpto de nuestra demanda, y literal la ley, que lo prescribe, la trasladamos al margen, por escusar al lector el trabajo de recurrir á su original. (24)

No necessita de ponderacion la literal, y clara disposicion de este texto; pero en èl, y la ley antecedente, hallamos vna circunstancia, no digna de omitirse, y es: Que por estas leyes se castiga al que pretende evadirse de el juizio, con la escusa de no parar en su poder la cosa, que se demanda; pero en nuestro caso, aun es mayor el dolo, pues no solo enagenò lo litigioso, sino que callando la enagenacion, prosiguiò el juizio para ser mas molesto à la parte.

Dos culpas castigan estas leyes, que son el desprecio del Juez, y la ofensa de la parte; y à estas dos culpas, corresponden las dos penas; la ofensa de la parte, se satisfaze con el interès deferido al juramento *in litem*; y el desprecio de el Juez, por la pena, que se aplica al Real Fisco.

No es nuestro animo acusar, para que se le imponga al señor Don Juan Domingo la pena

(24) *Lex. 19. tit. 2. part. 3. ibi* Engañosamente se mueben à las veces los omes para refuir, que non muestren en juizio la cosa mueble, que les demandan. E esto seria como si alguno demandasse à otro siervo, ò caballo, ò otra animalia, è pidiesse ante el Juez, que lo fiziesse parecer; è èl demandado, por non gelo mostrar, lo traspusiesse, ò lo matasse. E si lo que pidiesse fuesse vino, ò azeyte, ò otra cosa corriente, è la vertiesse, ò la enagenasse. O si fuesse metal, ò alguna otra labor de mano fecha, que la fundiesse, ò la quebrantasse, ò la desatasse de manera, que non pareciesse aquella forma, que de primero era en ella. Ca en tal razon como esta dezimos, que tenudo es de pechar al demandador, tanto, quanto jurare que menoscabò por aquella cosa, que engañosamente traspuso, ò la quebrantò, porque no gela mostrò en juizio. Mas si por ventura el demandado mostrasse la cosa mueble en juizio empeorada, ò dañada, pero non fuesse mudada del todo, estonce si el demandador la fiziesse suya, ò mostrasse en ella otro derecho alguno porque la debe aver, es tenudo el demandado de entregar aquella cosa, è demàs pecharle el daño, que probare que avino en ella por su culpa, ò por su engaño.

pena de la ley 13. pero creemos llegarà este papel à manos de los señores Fiscales de los Tribunales, donde hemos de seguir la instancia, de cuyo zelo, y amor al Real servicio, se debe esperar, no despreciaràn interès tan crecido, como el de esta causa. De lo que llevamos dicho hasta aqui, se dà por desentendido el señor Don Juan Domingo; y ciertamente creemos, que nada de esto se esconde à la grande literatura de su Abogado; pero como es dificil la respuesta, elige el mejor medio, que es, no responder; y en esto, no se le puede culpar, pues la dificultad de la respuesta, proviene del señor Don Juan Domingo, que cometiò vna culpa, sin alguna excusacion.

Con nuestras leyes de partida, què acabamos de referir, parece que está mal hallado, pues al fol. 164. de los autos, dize: Que esta causa, no se ha de sentenciar por nuestras leyes, pues tubo el contrato principio en Genova, donde no se observan sino las del Derecho Civil. (25) Y ya que le hemos contradicho hasta aqui en esto, le hemos de complacer, permitiendole, que elija las leyes por donde quiere que se decida este pleyto; pues por el Derecho de los *Digestos*, avrá visto en este papel, y verà en lo que resta, muchas leyes. Si escogiere el Derecho del *Codigo*, verà otras muchas; y quando esto no quiera; podrá elegir el Derecho *Canonico*, en los titulos, y capitulos citados en este papel; pero creemos, que no es esto tanto, huir las leyes, como el juizio; y alabamos los buenos desseos, y el ingenio de quererse librar de tantos contra-

(25) *Alegato del señor D. Juan Domingo fol.* 164. *ibi*: Y porque con esto concurre, que el contrato de oppignoracion, fue hecho, y celebrado en Genova donde se goviernan por las leyes de el Derecho Civil.

tracios, como van al margen. (26)

Solo no podemos dissimular lo que dize en el referido alegato: *De que este pleyto es limitacion de la ley, que prohibe, la enagenacion de la prenda, porque la ley solo habla de enagenacion de prenda hecha, ò que se quiere hazer por el mismo, que la recibiò del dueño hypotecada, ò empeñada, no empero de aquel, que la recibe consignada de otro, con las ordenes precissas de lo que debe executar.*

Bien singular Jurisprudencia es esta, y se reduce à persuadir: Que pueda vno executar por otro, lo que no puede por si: que transfiera en otro el derecho, que no tiene: que pueda el mandatario, lo que no puede el mandante: que pueda el Procurador, lo que no puede el dueño: y en fin, que pueda el señor Don Juan Domingo, obrando en nombre de los acreedores, hazer, lo que ellos no pudieran.

Bien parecido, y aun consiguiente á esto es lo que dizen las palabras siguientes de su alegato, y es: *Que en este caso, solo contratò con los consignantes, sin que conozca otras leyes, que le liguen, que sus ordenes; las quales debe observar inviolablemente.*

Olvidóse del parrafo de *Instituta*, que enseña los modos de contraher la obligacion, pues recibiendo el señor Don Juan Domingo las mercaderias proprias de Don Antonio, *y avisandoselo assi los consignantes*, no quiere contraher obligacion alguna à favor del dueño de las mercaderias. No quiere tenga contrá el Derecho el dueño de las mercaderias, y aunque las tiene en su poder, quiere que sean ociosas la *rei vindicacion, y la accion ad exhibendum.*

(26) Lx 1. §. fin. quæ res pign. lx. bona 27. §. 1. ad velleian. lx. 3. §. sed si homini de alien. iud. lx. 4. §. 1. de aq. pluv arcen. lx. quæ res 22. de iur. fisc. lx. Divus de petit. hæred. lx. alienationes 13. famil. hercisc. lx. si Patroni §. actiones ad Trebellian. lx. Iulianus. lx. si post de rei vind. lx. 1. Authent. litigiosa. Cod. de litigios. lx. 2. C. de petit. hæred. lx. 22. & 23. C. mand. Novella 112. cap. ex parte de arbit. cap. 4. vt lite pend. toto titulo. ff. & C. de litig. lx. vnica Cod. Theodos. de litigios. lx. 19. tit. 2. part. 3. leges. 42. 42. 28. tit. 11. part. 5.
Petrus Greg. Cuiacius, Antonius Faber, Duarenus, Marta, Gratianus, & Ciriacus citati á D. Gonçalez Tellez in cap. 4. vt lite pend. Hermosilla in citat. leg. partit. refert. Lancellotum, Farinacium, D. Covarrub.
D. Vela tom. 1. dissert. 14. n. 40. citat. Pichardum, D. Salgado. D. Valençuela Velazq. in consil. 19. n. 33. citat. Matiençum, Rodericum, Suarez, D. Solorçano-Gaito, Carleval, & alios D. Olea de cess. iur. tit. 3. quæst. 11. num. 2.

40.

Mandanle sus correspondientes, cobre de Don Antonio el precio de su empeño, y no quiere estar obligado, ni que Don Antonio le pida las mercaderias.

Vende lo ageno, y no quiere que le pidan quenta de su precio, ni de su distribucion. Si huvieramos de referir los textos, y las leyes, que en esto quiere atropellar, no bastarian muchos libros; y sentimos, avernos detenido tanto, porque tememos ofender la dignidad, veneracion, y respecto del lector. Pero pues no conoce, ni està sugeto à otras leyes, que à las de los consignantes, no podrà à lo menos negar, que Don Bartholomé Seporina, vno de ellos, tiene derecho para pedir razon de lo executado, en cumplimiento de su mando, y venta de las mercaderias hypothecadas á su credito; en cuyo nombre solicita esta parte la satisfaccion de los interesses de su acreedor, assi en virtud de las cartas presentadas, como porque es interès de el deudor la paga, y satisfaccion de sus debitos.

Bolviendo, *feriamente*, al assumpto de este Articulo, hallarèmos, que de las quatro circunstancias, que justifican la venta de la prenda en los casos, que el Derecho la permite vender, es, como diximos, la mora primera circunstancia, y tan precissa, que sin ella no ay facultad para poder vender; y pues de lo dicho hasta aqui, tan claramente se convence, que ni hubo mora en la paga de la deuda, ni la pudo aver; porque antes, que llegasse el dia de su obligacion, dexò de cumplir la contraria por su parte con el contrato, no entregando, ni exhibiendo las mismas prendas, que recibiò, mal se pudo constituir

en

en mora al deudor, quando ſobre la entrega, y exhibicion de las coſas empeñadas ſe avia formado litigio; y ſiendo invencible eſta dificultad, por lo que llevamos dicho, parecia era ocioſo diſputar las demás circunſtancias de que ſe compone la venta de la prenda para ſer juſta, y legitima; pero para mayor convencimiento, harèmos breve reflexion de ellas, evitando quanto fuere poſsible la prolixidad, y la moleſtia.

PARRAFO SEGUNDO, DEL REQUERImiento, que debe preceder à la venta.

LA ſegunda circunſtancia, es, el requerimiento, que debe hazer el acreedor à ſu deudor moroſo, en que ſolo ſe ofrece advertir, què eſte requerimiento es diſtinto del que conſtituye al deudor en la mora, que, como diximos, en las obligaciones puras, y en las condicionales, ſe neceſsita de interpelacion para conſtituir al deudor en mora; y cauſada ya para exercitar la accion en la venta de la prenda, es neceſſario nuebo requerimiento, como expreſſamente lo dize nueſtra ley de partida (27) en aquellas palabras: *Empero, ante que la venda lo debe fazer ſaber al que gelo empeñò.*

(27) *Cit. l. 41. tit. 3. part. 5.*

Es el fin de eſte requerimiento diſtinto del de la interpelacion para conſtituir al deudor en mora; pues eſta ſe dirige à la facultad de poder vender, y el requerimiento al acto de la venta. No baſta ſer el deudor moroſo para que ſea juſta la venta, pues como circunſtancia preciſſa requiere la ley el que ſe le aviſe de ella al deudor; y eſto ſe funda en favor comun del deudor, y el acreedor; del

deudor, para ser testigo de que se vende à justo precio, y poder recobrar el mas valor de su prenda; y del acreedor, para librarse de la accion pignoraticia conque està obligado à restituir el precio, y dar quenta de la venta; y esto, es tanto mas precisso quando en la prenda ay otros interessados; que à mas del deudor, tienen derecho à pedir razon de la venta para el recobro de la prenda, ò con la oferta del precio, ò con el examen de si intervino dolo, ò colusion, ò gracia en el menos precio; y como circunstancia tan precissa, previene la misma ley el remedio de quando està el deudor ausente, y de como se puede suplir esta falta; y sin duda, no diera esta providencia, si sola la mora justificara la venta.

Diráse por el señor Don Juan Domingo, que ya intervino este requerimiento, pues al fol. 2. de los autos, al tiempo, que se le pedia la exhibicion de la fatura, dixo: *Que requiere à Don Antonio Frediani para que pague, pues se ha cumplido el plazo de los dos meses; y que de no hazerlo, passarà à vender las mercaderias, en conformidad de las ordenes de sus correspondientes*; pero si este requerimiento no le pudo hazer moroso para la paga, menos podrà servir para justificar la venta. Que no fuesse moroso Don Antonio, se prueba claramente de lo dicho; pues si era de su obligacion pagar la cantidad del empeño, tambien era de la del señor Don Juan Domingo bolverle sus mismas prendas, y mercaderias; pero como en nada pensó menos, que en restituirlas, no pudo aver mora en pagar, quando tanta resistencia ha avido, y ay, en restituir.

Aunque esta verdad es tan cierta, no que-

queremos desestimar el sufragio, que en su confirmacion nos ofrece la probança contraria, donde todos los testigos, aunque niegan otras formalidades, afirman, es indispensable el requerimiento.

PARRAFO TERCERO, DE LA ALMOneda, y buena fee.



LA tercera circunstancia, que nuestra ley de partida dispone, como solemnidad precissa en la venta de las prendas, es, la almoneda, y buena fee, segun consta de sus palabras: *E tal vendida se debe fazer en el almoneda, à buena fee, è sin engaño.* Que no estè esta ley en observancia alega el señor Don Juan Domingo; y para probarlo, se vale de siete testigos Estrangeros.

O no ay en Cadiz Comerciantes Españoles, ò no son buenos para testigos contra nuestras santissimas leyes de partida, que son embidia de todas las Naciones de Europa. No es esto mostrar impaciencia, sino agradecer, que para injuriar nuestras leyes se valga de los Estrangeros, y no de los naturales.

Bien sabemos, que las leyes humanas son mortales, pues fallecen quando falta la razon, que las anima, y dà vida; pero si la razon de esta ley, es, recommendar la buena fee, y evitar el engaño, dezir, que no se observa, es, dezir faltò la razon, que la introduxo, y si la razon es la buena fee, y evitar el engaño: ya serà licito el engaño, y justa la mala fee.

No es possible, que quieran dezir esto, ni el señor Don Juan Domingo, quando lo alega, ni los testigos, quando afirman, no se

ne-

necesſita de mas ſolemnidades, que las que las que llevamos dichas de la mora, y el requerimiento; pues nada tienen mas preſente, que ſer preciſſa en todos los contratos la buena fee; porque eſta, no nace de las leyes humanas, ſino de la Divina, que es eterna, è immutable; y contra ella, ni el ſeñor Don Juan Domingo, ni ſus teſtigos, querràn dezir coſa alguna: y por conſequencia preciſſa, ſe avràn de conformar con nueſtra ley, que eſtà fundada en el precepto Divino, que manda, no ofender, ni agraviar al proximo.

Pues qué dirèmos de las depoſiciones de los teſtigos, cuya fee es digna del mayor aprecio, por la calidad de ſus perſonas? Entenderlas Chriſtiana, y legalmente. Eſto es, en aquel ſentido verdadero, que no ſe opone, ni à las leyes Divinas, ni à las humanas.

No dizen, que no ſe obſerva eſta ley, ſino que no es neceſſaria la almoneda, que por ella ſe diſpone, porque tienen otra ley mas ſevera para todos ſus comercios, que es: *La verdad ſabida, y la buena fee guardada.*

Es tan preciſſa en los comercios, que pareciò corta toda la providencia de las leyes, que la recomiendan; y aunque eſtas, generalmente, ſe entienden en los contratos comunes de los individuos de las Republicas, en los comercios publicos, aun es mas rigoroſa ſu obſervancia; pues no ſe limita à los comunes medios de probança, ſino que como quiera, que ſe conozca, y ſepa la verdad, ſe manda obſervar; y eſto es lo que dizen las palabras: *La verdad ſabida*; cuya expreſsion fuera ocioſa, ſi la verdad, en el comercio, eſtuvieſſe limitada, y circunſcripta à los comunes medios de prueba.

De

De obſervarſe en el comercio tan fielmente la verdad, nace, el que rara vez, ò nunca, en eſta eſpecie de contratos, ſobre què es nueſtra diſputa, ſe llegara à la practica de la almoneda, porque ſin ella ſe acredita, y aſſegura la verdad con pleniſsima ſatisfaccion de las partes. Eſto es: que quando ocurren caſos como el nueſtro en el comercio, y porque el deudor no paga, es preciſſo paſſar à la venta de la prenda, nunca ſe executa ſin que el deudor, dueño de ella, lo ſepa, é intervenga en la venta, conozca al comprador, ò à lo menos ſepa el precio à que ſe vende; porque el acreedor, que deſſea conſervar ſu buen credito, y fama, nunca dexa de noticiar à ſu deudor la verdad del contrato, y el precio à que vende; con cuyo conocimiento el deudor, que igualmente deſſea cumplir ſu obligacion, queda ſatisfecho, y cerrada la puerta a los otros recurſos legales, que quedan ſiempre, quando ſin eſte cuydado ſe enagena.

Eſto es lo que los teſtigos dizen han practicado; y no es mucho, que no ſe recurrieſſe á la almoneda, que manda la ley, quando ſi eſta ſe introduxo para evitar la colucion, y el engaño, mas ciertamente ſe evita por la intervencion del dueño, que por la almoneda, ſin èl. Y no pudiera ſer menos, pues debiendo ſatisfacerſe à la verdad, ò eſta ſatisfaccion ha de ſer con la obſervancia de las ſolemnidades de las leyes, ò por la particular ciencia, y ſeguridad del deudor, à cuyo favor ſe eſtablecieron; pero ſi la prenda ſe vende, ſin que el deudor ſepa quando, à quien, ni por què precio, no le queda otro recurſo para informarſe de ſu juſticia, que ſaber, ſi en la venta ſe obſervò la diſpoſicion de las leyes; y eſte

es el caſo, en que es preciſſo recurrir à ellas, pues el ſeñor Don Juan Domingo, enagenò, ſin dezir quando, en quien, ni por què precio, ni con otra alguna ſolemnidad; y quiere ſe tenga todo por juſto, y bueno, faltando eu todo à las leyes, que previenen la almoneda, y à la coſtumbre del Comercio, en que tan preſente tienen todos hazer obſtentacion de la verdad, y evitar aun la mas remota ſoſpecha contra ella.

La menor atencion, ni cuydado, no mereciò nueſtro pleyto, pues el ſeñor Don Juan Domingo enagenò las prendas el año de setecientos y tres, ò antes (*que aun todavia no lo ha dicho con certeza, aunque ſobre ello ſe le pidiò declaracion jurada*) ſiguiò el pleyto el año de quatro; alegò en èl, ſobre la exhibicion de la fatura; y callò, que avia vendido, durando èſte ſilencio nuebe años: de que ſe infiere, no es poſsible inquirir la verdad por otro medio, que examinando las ſolemnidades de la enagenacion; y pues no ay alguna, ni de aquellas, que la publica fee de el Comercio obſerva, ni que las leyes mandan: mal podrà diſculparſe la venta de las mercaderias de eſta parte, contra la ley, y la verdad.

Que en el ſentido referido hablen los teſtigos, lo creemos firmemente de ſu integridad; y de que no harian otra coſa, que la que llevamos dicha. Pero aun creemos, que ſus depoſiciones no hablan en el contrato de empeño verdadero, ſino en el que diximos de venta, con el pacto de la ley Commiſſoria, que es mucho mas frequente, pues cada dia ſe piden de vnas Provincias à otras, los generos de ſu fabrica, y ſe remiten à los precios convenientes, y en que concordaron las par-

tes para ſu remeſſa; que no pagando en el termino, que prefinen, es viſto diſtraher el contrato antecedente , y entonces el dueño de las mercaderias, porque no pagò el comprador el precio, puede libremente diſponer de ellas, ſin ſolemnidad, ni requiſito alguno, ni aun requerimiento; porque, como ſiempre tienen dia cierto para la paga, baſtò el dia para conſtituirle moroſo, y vſar el dueño de la facultad de diſtraher el contrato; y en eſte ſentido debemos entender la depoſicion de vno de los teſtigos, que dixo, podia vender con requerimiento, y *aun ſin èl.* Pero en el contrato de empeño es todo lo contrario; y ſe conoce, de que en la venta, con la ley Commiſſaría, permanece el dominio en el vendedor; y en el contrato de empeño, es del deudor el dominio.

Aunque el ſeñor Don Juan Domingo, huvieſſe podido juſtamente vender las mercaderias hypothecadas, porque fue moroſo en la paga de ſu empeño Don Antonio, aunque no huvieſſe vicio, y defecto en ellas, ni en la exhibicion de la fatura, intervinieſſe lo que llevamos dicho; y aunque en la venta de las mercaderias ſe huvieſſen obſervado las ſolemnidades de Derecho, todavia reſta no menor dificultad en la quenta, que el ſeñor Don Juan Domingo preſenta, donde dà vendida la mayor parte de las mercaderias à viliſsimos precios; pero aun mucho mayor en la ninguna formalidad, y juſtificacion de ella.

La obligacion, que todos tienen de dar quenta de los bienes agenos, que entraron en ſu poder, no tiene menos autorizado, ò fundamento, que el capitulo 16. de San Lucas, por

el diò principio *Menochio* (28) à discurrir sobre esta obligacion; citò à Erasmo, y Alciato sobre el probervio de quentas sin justificacion, que las llama *in folle*, à quien siguiò nuestro *Escobar*; (29) pero la forma con que se deben dar todas las quentas mas breve, clara, y legalmente, la expressò la Curia Filipica; (30) citando las leyes, que la prescriben, de cuyas palabras nos valdrèmos, para mayor explicacion. Dize, pues, assi: *El Administrador tiene obligacion de dar la quenta verdadera, cierta, buena, y leal; sin cautela, fraude, ni engaño alguno en dexarse de hazer cargo de algo, ni descargarse de mas de lo que debe, ni en otra cosa alguna, y assi lo ha de jurar; y no lo haziendo assi, incurre en pena de falso; y si encubriò algo de hurto, como consta del Derecho Civil, y Real,* (31) *y en perpetua infamia, segun vn texto,* (32) *las quentas se han de hazer haziendo, y comprobando los cargos por los libros, y otras partes, que se debieren comprobar, y recibiendo en quenta, y descargo lo que constare por los recaudos bastantes, que se mostraren, y lo que se debe recebir; y no mas, sin que en todo ello aya fraude, ni engaño alguno, conforme vnas leyes Reales.* (33) Hasta aqui la Curia.

Con esta solida, y verdadera doctrina, harèmos reflexion à la quenta que de la venta de las mercaderias dà el señor Don Juan Domingo, que solo es referirla en vn alegato al fol. 32. donde dize: Las vendiò, porque Don Antonio no pagò la cantidad de su empeño, que su producto aun no importò la de la deuda, porque los generos eran de mala calidad; pero si se coteja este alegato, en que inserta la quenta con las leyes, que dexamos referidas, no contiene alguna de las calida-

des,

(28) *Menochius de arbit. casu 209 cent. 3. num. 1. & 14.*

(29) *Escobar de ratiocin. cap. 20. num. 48 & 49. ibi:* Quod si liber in folle, & sine distinctione, & expressione dati, & accepti scriptus sit, proculdubio circa parcellas intrincatas, vel difficillimæ speculationis adversus talem administratorem iuramentum in litem locum habebit.

(30) *Curia Filipica lib. 2. de Comerc. terrestre cap. 9. nu. 34. & 35.*

(31) *Lx. 1. §. tutores de fals. lx. 18 tit. 14. part. 7. lx 26. tit. 12. part. 5. lx. 23. tit. 6. lib. 3. lx. 18. tit. 5. lx. 5. tit. 14. lg. 23 24. 25. tit. 19. lib. 9. de la Recop.*

(32) *Lx. 1. de his qui not. infam.*

(33) *Lx. 25. tit. 9. part. 2. lx. 22. tit. 6. lib. 3. lx. 18. tit. 5. lx. 5. tit. 14. lib. 9. de la Recop.*

des, y circunstancias, que la constituyen.

La primera, es, no aver jurado esta que quiere se llame quenta; la segunda, que no se haze cargo de las mercaderias, que recibiò; la tercera, que no justifica la data, ni en los precios à que vendiò, ni en la paga de el empeño.

El que no estè jurada la quenta, pudiera suplirse, si por otros medios lo justificara; bien, que siendo formalidad precissa de la ley su omission, le quita enteramente la fee.

El que no se haze cargo legitimamente, se prueba por dos razones: La primera, porque cotejada la quenta, que incluye este pedimento con la fatura, que presentò al fol. 7. se haze cargo de mas partidas, que las que contenia la fatura; pero no de todas las q verdaderamente recibiò, y constan de la fatura original, presentada por Don Antonio; de que resulta, que por su confession misma es falsa la fatura, que presentò; y por la fatura de Don Antonio, es falsa la quenta, pues no se haze cargo de todas las partidas.

La segunda razon, es, que el cargo de las mercaderias, que recibiò, le debia justificar por aquel medio legal, y cierto de la fatura original, que con los generos le remitieron los acreedores; pero està que era obligacion suya presentarla para justificar su cargo; por no averlo querido hazer, obligò à recurrir à la Justicia, para que se le mandasse exhibir, y aun assi aviendo jurado paraba en su poder, bolviò à negarla con juramento; y aunque dixo, que tenia la distincion de las cartas de sus correspondientes, en que constaban los generos remitidos, no la ha presentado; y en vez de ellas, presentò aquella fatura, que

 dixo

dixo era original, y despues, que era copia; y quãdo dixo, que era copia, no expressò dequè original; y en fin, el cargo que se haze à si el señor Don Juan Domingo, ni en juramento, ni en fatura, ni en cartas, ni en libros, ni en otro medio alguno, tiene la menor justificacion.

No la tiene mayor la enagenacion de las mercaderias, pues las vende, y no dize quando, à què personas, por què mano, sin requerimiento, ni noticia alguna del deudor, cerrando la puerta à que por medio alguno se pueda saber el precio; y precissando à que se aya de estar à su desnuda assercion en los vilissimos à que dà vendida la mayor parte de las mercaderias.

Pero aun mas, que debiendo emplearse en la satisfaccion de los acreedores, no consta aya pagado. Creemos (aunque no parece de los autos) avrá satisfecho à su hermano Don Juan Lorenço Saporito; pero que no ha pagado à Don Bartholomé Seporina, consta de sus cartas, presentadas al fol. 149. cuyas expressiones, como hechas en Genova, lejos del señor Don Juan Domingo, tienen algun poco de libertad; y no querèmos acordar que ay alguno, que falte à su respecto. Y pues la quenta se compone de cargo, y data, con justificacion de vno, y otro; si no ay cargo, data, ni justificacion, no avrá quenta; pero es digno de admiracion, que el señor Don Juan Domingo, despues de aver visto, que Don Antonio ha perdido todo el caudal, que tenia en las mercaderias, y los adelantamientos grandes, que con ellas pudo aver logrado, por averlas vendido quando, como, y à los precios, que quiso, pida aora se le ponga en

la

la Carcel, con el pretexto del soñado alcance; y mas singular que todo, que esta accion la intente en nombre de Don Bartholomè Seporina, quien por no averle satisfecho encarga à Don Antonio, que por sus interesses siga tambien la causa, contra el señor Don Juan Domingo; y si no fuera tan grande, y tan conocido su caudal, con mas razon podia Don Antonio pedir el arraigo de este juizio.

Y pues de todo lo dicho resulta claramente, que el señor Don Juan Domingo, no pudo vender las mercaderias hypothecadas; y menos, pendiente el pleyto sobre su exhibicion, en cuyo caso defiere el Derecho el interès de la parte à su juramento, por la citada ley de partida, passarémos en el siguiente Articulo à examinar con mas particular inspeccion, quan justa es la pretension de nuestra parte en la delacion del juramento *in litem*.

ARTICVLO TERCERO, DEL JVRAMENTO *in litem, que esta parte pide se le defiera, para la justificacion de el valor de las mercaderias, sus daños, è interesses.*

LAS Reglas del juramento *in litem*, las escriviò el Jurisconsulto Marciano, en la celebrada ley 5. de *in litem iurando*; y son tres: Accion en el actor; dolo en el reo; y tassacion del Juez; y à estas, añadieron los Interpretes la de la dificultad de la prueba, en el valor, daños, è interesses de lo que se demanda; (1) como dirèmos despues.

(1) *Martianus lib. 4. Regul. in leg. 5. de in lit. iurando, ibi:* In actionibus in rem, & ad exhibendum, & in bonæ fidei iuditijs in litem iuratur. Sed iudex potest præfinire certam summam vsque ad quam iuretur, licuit enim ei à principio, nec deferre. Item si iuratum fuerit licet iudici, vel absolvere, vel minoris condemnare. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem iuratur non etiam ob culpam, hæc enim iudex estimat. Plane interdum, & in actione stricti iuditij iurandum est; veluti si promissior stichi moram fecerit, & stichus decesserit, quia iudex sine delatione iuris iurandi estimare non potest rem, quæ non extat.

Las acciones intentadas por nuestra parte, son; la *reivindicacion*, y la accion *ad exhibendum*, en las mercaderias, faturas, conocimientos, y demàs instrumentos de su justificacion, por las leyes citadas, (2) y de que hablamos en el Articulo primero.

(2) *Lx.2.de in lit.iur.ibi*: Sive quid nostrum petamus, sive ad exhibendum agatur. *Lx.* 16.§ *in vindicatione pignoris de rei vindic. lx in instrumentis* 10. *de in lit. iur. lx. si quis* 6. §. *hoc edicto de edendo, lx. non ignoravit* 4. *lx. penult. Cod ad exhibend.*

El dolo, dexamos probado en los dos Articulos antecedentes, con la clara manifestacion, y convencimiento del vicio, y ocultacion de las mercaderias, faturas, conocimientos, perjuros mendacios, venta dolosa contra la disposicion de las leyes, y ninguna quenta de su producto; conque solo resta, examinar las dos vltimas circunstancias de esta Regla, que son la tassacion del Juez, que debe preceder, y la dificultad de la prueba, que añadieron los Authores.

Que el Juez aya de tassar la cantidad, dentro de la qual ha de hazer su juramento el actor, es lo que en este texto previene Marciano, y en la ley antecedente del mismo titulo lo avia dicho el Jurisconsulto Vlpiano, (3) pero como esta sentencia se opone à aquella estendida facultad, que permiten las leyes de jurar sin limite, ni tassa, de que haze mencion el mismo Vlpiano, en la ley citada, (4) es dificil de entender; y mas, si se advierten los muchos textos, que hablan del juramento *in litem*, en que ninguna mencion se haze de esta tassacion.

(3) *Lx 4 §.iurare de in lit.iur.*

(4) *Dict.lx 4. §. iurare, ibi*: In infinitum iurare, *licet. lx. qui restituere* 68. *de rei vindic.*

Aumentase esta dificultad, advirtiendo, que lo que proviene de la necessidad del Derecho, no puede pender del arbitrio del Juez; (5) el juramento *in litem*, proviene de la necessidad del Derecho; (6) luego, no puede pender del arbitrio del Juez.

(5) *Lx 1.§.2.ad Senat.cons.Turpill: lx.ordinem 15.ad municip. lx. non quicquid 40. de iudiciis.*

(6) *Lx.vltima de in lit.iur.*

Para entender estas, al parecer contrarias

desficiones, tomarèmos mas alto principio, de donde descenderèmos á la question de nuestro pleyto.



Fue siempre en el Derecho aborrecida la compulsion, y el apremio, por parecer, que en la violencia se ofende la natural libertad de los hombres; pues no es possible, que à ninguno se precisse á hazer, ò dar lo que no quiere, sin que intervenga impression, y violencia, que tanto huyeron los Legisladores. (7) Y assi, en las demandas de hazer, ò dar, nunca comprehendieron el hecho en la condenacion, sino el interès del actor, deferido à su juramento, que hizo necessario la contumacia del reo; y assi, no se deferia sino en la resistencia de no dar, ni exhibir; (8) porque como vno, y otro es *quid facti*, y no podia intervenir compulsion, no se le precissaba por la sentencia à obrar, sino à sufrir en la venta de sus bienes, la satisfaccion debida à la parte por los suyos; cuya estimacion se augmenta por la contumacia. (9) Y como la estimacion de las cosas proprias, toca à su dueño, fue precisso se le defiriesse el juramento, en que no solo se comprehende el verdadero valor de las cosas, sino la pena de su rebeldia, y contumacia. (10)

De aqui tomaron ocasion los Doctores para dividir este juramento en dos, vno, que llamaron de verdad, respectivo al verdadero valor, daños, è interesses; y otro, de afeccion en que se incluye la pena. Pero estas vozes de verdad, y de afeccion, son, inventadas de los Interpretes, para mayor explicacion, que no inepta la llamò el señor Gonçalez. (11)

No querèmos disputar, quien enmendò esta legal disposicion, respectuosa à la liber-

(7) *Lx. si quis ab alio 13. de re Iud. lx. stipulationes non dividuntur 72 lx. quoties quis alium 81. de verb. oblig.*

(8) *Dict. lx 2. de in lit. iur. lx. eius rei 46. de rei vind.*

(9) *Lx 1. de in lit. iur. ibi*: Non enim res pluris fit per hoc, sed contumatia æstimatur vltra rei pretium.

(10) *Lx. tutor 8 de in lit. iur. ibi*: Respondi non est æquum prætio (id est quanti res est) litem æstimari, cum, & contumatia punienda sit, & advitrio potius domini rei præ tium statuendum sit, potestate petitori in litem iurandi concessa.

(11) *D. Gonçalez in cap. super eo de his quæ vi. D. Olea. Miscell tit 6 q. 1. n. 1. ex Bart. & Iassone Menochius cent. 3. casu 207. & seq. Donellus, & Osualdus apud D. Larreategui lib. 2. select. cap. 3. num. 1. ibi*: Quorum opinio communi calculo recepta est duplex esse iuramentum in litem, quorum alterum, commodioris doctrinæ gratia, afectionis dicitur alterum veritatis.

tad de los hombres, y solo dirémos, pareciò pequeña la authoridad de los Juezes, si no pudiessen apremiar aun á las cosas de hecho; por lo qual, se halla en nombre del Jurisconsulto Vlpiano augmentada esta authoridad de los Juezes, para compeler, y apremiar à las cosas de hecho, aun con mano Militar; (12) y añadiò el Emperador Justiniano, que era necio el Juez, que en vez de la cosa pedida, condenaba en la estimacion.

(12) *Lx. qui restituere* 68. *de rei vind. ibi*: Siquidem habeat rem, manu militari offitio iudicis ab eo possessio transfertur. *Lx. vltima Cod. de fidei com. libertat.*

Pero como en muchos casos era inutil la compulsion, por aver faltado la cosa, ò dexado de posseerla, dolosamente se mantubo el juramento *in litem*, para satisfazer à la parte ofendida, dandole tanta satisfaccion, quanta jurasse deberseie. (13)

(13) *Dict. lx. qui restituere* 68. *ibi*: Si vero non potest restituere, siquidem dolo fecit quo minus posit iñ quantum, adversarius in litem sine vlla taxatione in infinitum iuraverit damnandus est. *Lx. Nesenius* 4. *§. fundum de re Iud.*

Si el no ofender la libertad natural, obligó á introducir el juramento *in litem*, por evitar la compulsion, y el apremio, precisso en el que se resiste, aun fue mas noble el motivo de satisfazer la misma libertad injuriada, por la sin razon del que quiere quedarse con lo ageno, contra la voluntad de su dueño. Ninguno, como dezimos, puede ser compelido á las cosas de hecho; y asi, ninguno es obligado á comprar, ni vender al justo precio, ni al excesivo; (14) por lo qual, quando pereciò la cosa, ò dolosamente se enagena, como en vez de ella se le precissa al dueño à recebir su precio, se celebra vna venta violenta, (15) siendo injusto se atienda en ella solo al precio, y valor comun, sino al formal, cuya estimacion pertenece al dueño, como consta de las leyes citadas al numero 14. por lo qual se le permitiò apreciarla sin limite, ni tassa en pena del dolo. (16)

(14) *Lx. invitum.* 11. *lx. dudum.* 14. *Cod. de contrah. empt. lx. nec emere* 6. *Cod. de iur. de liber. dict. lx tutor* 8. *in lit. iur. lx. si à me dos §. fin rer. amot. lx. si filius* 25. *§. meritum soluto matrim. D. Covarrub. lib.* 3 *variar. cap.* 14. *lx invitos Cod. locati, lx* 3 *tit.* 5 *p.* 5.

(15) *Lx. naturalis.* 5. *de præscript. verb. lx.* 1. *de contrah. empt. lx.* 1. *de rer. permut.*

(16) *Dict. lx. qui restituere de rei vind.*

De estos dos principios, naciò el juramento

to *in litem*; y aunque el primero ſe ſatisfizo en parte, dando al Juez aquella poteſtad compulſiba, que tanto rehuſaron las leyes, para que con fuerça, y mano Militar ſe compelieſſe al poſſeedor de lo ageno à ſu reſtitucion; pero como era impoſsible ſi la coſa huvieſſe perecido, quedò en eſte caſo el juramento *in litem*, que ſuple aquella compulſion; y por eſto le llama neceſſario la ley: (17) Y eſta verdad ſe acredita de las dos leyes de partida, de que hablamos en el Articulo ſegundo, ſobre la venta de las coſas litigioſas, pues la que hablò de la enagenacion de los bienes raízes, los manda reſtituir de mano de qualquiera poſſeedor; y la que habla de los bienes, que perecieron, recurre al juramento *in litem*.

(17) *Lx. vltima de in lit. iur.*



Lo miſmo dize el Juriſconſulto Marciano en ſu ley quinta en las vltimas palabras; donde por aver perecido lo que ſe demandaba, ſe hizo neceſſario el juramento, pues no ſe puede apreciar lo que no exiſte.

Permitian, como diximos, las leyes (18) jurar ſin limite, ni taſſa; y reconociendo quan peligroſa era, y mas en los litigantes eſta exceſiva licencia; pues el ardor del juizio, y el deſſeo de vencer, los expondria al rieſgo del perjuro, ſiendo juſto evitarle. (19) Concedieron al Juez la facultad de taſſar, y prefinir la cantidad, dentro de la qual ſe aya de hazer el juramento; porque ceſſa en èl aquel juſto recelo, de que el interès, y la quexa le hizieſſe exceſsivo en la parte. Y tambien, porque, como deferido el juramento, ſe admite con dificultad la inquiſicion del perjuro, (20) no quiſieron, que faltando el temor de la pena, huvieſſe ocaſion de facilitar la culpa.

(18) *Dict. lx. 4. §. iurare de in lit. iur. dict. lx. qui reſtituere 68. de rei vind.*

(19) *Lx. de die 8. §. penult. qui ſatiſd. cogant.*

(20) *Lx. vltima de in lit. iur. ibi:* De perjurio eius, qui ex neceſsitate iuris in litem iuravit, quæri facilè non ſolere.

Eſte

Estè arbitrio, y facultad de tassar la cantidad, para deferir el juramento, la limitò el Jurisconsulto Marciano, en las vltimas palabras; quando lo que se demanda no existe; pero el Derecho Canonico la extiende à todos los casos, sin distincion de que exista, ò no la cosa, que se pide, (21) pues en el que disputa el referido texto, ya avian perecido; y aun assi resuelve, el que debe preceder la tassacion del Juez.

Lo mismo dizen nuestras leyes de partida segunda, y quinta del titulo de las juras en la partida tercera, de que hablarèmos despues; y esto, no por otro motivo, que ser en estè caso igual el recelo de que el afecto de la parte se extienda nimiamente en la estimacion de sus cosas, daños, è interesses; que si bien ha de exceder precissamente la tassa del Juez al verdadero valor, porque es el dolo la causa de este augmento; (22) todavia quiso el Derecho Canonico, y nuestras leyes de partida, preservar de este riesgo al litigante, fiando de la integridad del Juez, lo que no quiso fiar á la passion de la parte.

No solo concede el Jurisconsulto Marciano la facultad de tassar, sino la de poder absolver, ó condenar en menos cantidad; porque pudo no deferir el juramento al principio. Pero esta facultad està revocada por nuestra ley de partida, que manda observar, y cumplir lo jurado, como si se huviesse justificado por testigos. (23)

Supuesta la facultad, que conceden las leyes al Juez para tassar la cantidad, dentro de la qual haga el juramento la parte, que para la satisfaccion de sus bienes, daños, è interesses pide se le defiera; no son pocas las di-

(21) *Cap. super eo de his quæ vi.*

(22) *Lx. 2. §. interdum de in lit. iur. ibi*: Cum vero dolus punitur, aut contumatia non restituentis, aut non exhibentis quanti in litem iuravit actor.

Antonius Faber in ration. lit. A. ibi: Dolus, & contumatia, eius, qui rem, quam scit alienam improbe retinet nec vult restituere hanc certe penam meretur, vt non solum condemnetur ad id omne, quod interest domini, sed etiam condemnationis illius taxationem ad adversario ipso invitus fieri patiatur: vt qui hunc suæ improbitatis fructum habet, quod invito domino rem emit, hanc saltem pœnam sentiat, quod magno, & iniusti pretio dominum eius nanciscatur *Lx quasi 70. de rei vind ibi*: Ne in potestate cuiusque sit per rapinam ab invito domino rem iusto pretio comparare.

(23) *Lx. 2 tit. 11. part. 3. ibi*: E jurandolo de esta guisa debe ser erìda la jura, è librarse por ella el pleyto, bien assi como si fuesse probado por testigos.

dificultades, que se ofrecen en su practica; y aun por esso la impugnò tan reciamente Antonio Fabro, (24) imputando à Triboniano esta sentencia; assi lo creyò Leotardo, pero con animo contrario; pues Antonio Fabro impugna esta extendida facultad del Juez en la tassa del juramento; y à Leotardo le pareciò aun poca, queriendo, por huir de sus dificultades, que enteramente se huviesse puesto en el arbitrio del Juez toda esta materia del juramento *in litem*, en que los Autores en su explicacion, mas confunden, que enseñan; (25) pero pues no hemos de emmendar las leyes, sino seguir su disposicion, buscarèmos entre las opiniones diversas de los Authores, la que sea mas conforme à la razon.

La primera opinion, ès de Juan Corrasio, (26) à quien siguiò Marco Liclama, y otros. Este dixo: No avia juramento de afeccion, sino de verdad, en que se comprehende el verdadero valor de las cosas, sus daños, é interesses, y por pena del dolo aver de estar, y passar por el juramento de la parte actora, sin necessitar de otra prueba: Refiere esta opinion el señor Larreatigui en sus selectas, (27) y la siguiò Leotardo al num. 18. de la question 77. pero poco despues en el num. 57. siguiò la opinion de los que dixeron se necessitaba en el juramento de verdad, dificultad en la prueba.

La segunda opinion, es, de Antonio Fabro, (28) quien dixo, no avia juramento de verdad, sino de afeccion, en que no solo se comprehende el verdadero valor de las cosas, daños, è interesses, sino el afectivo; y siguiò á Corrasio en quanto à no necessitar de

(34) *Ant. Fab. in rat. ad leg 4 §. iurare, & ad leg. 5. de in lit. iur. Coniect lib. 16. cap. 1. & de errorib pragmat. decad. 17. err. 9. n 3.*

(25) *Leotardus de vsuris, quæst. 77. n. 62. ibi*: Et fortasse melius tribonianus, & veteres iuris auctores, vtilius que fecissent arbitrio iudicis, id est boni, & prudentis viri committere, cui quatenus, & in quibus negotijs, & actionibus hoc ius iurandum deferendum esset, quam Regulis dictæ legis 5. illius potestatem constringere, quas dum interpretes explicare conati sunt nos incertiores reliquerunt.

(26) *Corrasius lib 6. Miscellan. cap 1. & 2. & in leg. 5. de in lit. iur. Marcus Liclama in leg vinum 22. de reb. cred.*

(27) *D. Larreatigui lib. 3. select. cap. 3. num. 2.*

(28) *Anton. Fab in ration. ad leg. 1. & 8 de in lit iur. & lib. 16. coniect. cap. 1. & de errorib. errore 8 & seq.*

de otra prueba, que el juramento, por ser este pena del dolo; y entre otros fundamentos, expressa aquellas dos razones, que diximos al principio eran la causa de averse introducido el juramento *in litem*, para suplir la compulsion, y el apremio, en el que se resiste à no entregar, ò exhibir lo que se demanda, y la de castigar el dolo del que se queda con lo ageno, obligando à que el dueño carezca de sus cosas, y reciba en vez de ellas la estimacion; por lo qual, permitia el Derecho, jurar sin limite, ni tassa, como consta de repetidas leyes. (29)

(29) *Citate leges 1. & 2. § interdum & 8. de in lit. iur. l. 9. rer. amot. l. si filio. §. 1. soluto matrim. l. qui restituere 68. de rei vind. l. Nesenius 41. §. fundum de re Iud.*

La tercera opinion, es, de que ay los dos juramentos de verdad, y de afeccion; de verdad, para el verdadero valor, daños, è interesses; y de afeccion, para el valor apreciativo del dueño, en las cosas, que admiten afeccion; y esta opinion es la mas comun, como verèmos despues.

Para el juramento de verdad, requieren los Authores dos cosas; que son: Dolo en el reo, y dificultad de prueba en el actor; y para el juramento de afeccion, el que las cosas, que se demandan sean capazes de ella, y sea varia, è incierta su estimacion. Capazes de afeccion, dizen, son todas las cosas, que constan de especie, y no de quantidad; y de quantidad, se dize, son todas las que reciben funcion en su genero; y esta doctrina, como vniversalmente cierta, la refiere con muchissimos Leotardo en la dicha question, al num. 5. no olvidando la duda de si el dinero es capàz de afeccion. Y aunque sigue la opinion de que en el dinero no la puede aver, porque su valor se reduce à cantidad, diria lo contrario en Cadiz, al ver quanto mas se estima

la

la plata, que las otras monedas : de lo qual, ſe infiere con evidencia, que las mercaderias ſobre que diſputamos, ſon capazes de afeccion, pues conſtan de eſpecie, y es vario, è incierto ſu valor, porque es tambien varia ſu calidad, y bondad; pero mucho mas en nueſtro caſo, porque, ni ſe vieron quando exiſtian, ni ya exiſten; à que correſponden los dos juramentos de verdad, y de afeccion, que es la mas comun opinion de los Authores. (30)

(30) *Leothardus quæſt. 77. n. 57. Menochius de arbit casu 207 & 208. Ioannes Bapt. Coſta de remed. ſubſid. remed. 98. D. Olea (ut plures) tit. 6. Miſcellan. quæſt. 1. num. 1. D Gouçalez in cap. ſuper eo de his quæ vi. D. Larreatigui toto lib. 3. ſelect.*

No querèmos juzgar, qual de eſtas opiniones ſe deba ſeguir, antes permitimos con liberalidad, q̃ nueſtro adverſario elija la que quiſiere, pues en qualquiera de ellas ſe verifica nueſtra pretenſion; de que ſe debe deferir el juramento, para juſtificar el verdadero valor de las mercaderias, que viciò, ocultò, y enagenò contra la diſpoſicion de el Derecho.

Y ſi dixere, que en las mercaderias no puede aver afeccion, porque pueden ſuplirla otras de igual bondad, y calidad, aunque no es adaptable à nueſtro caſo, en que ninguno las viò, ni ya exiſten; y no ſabiendoſe como eran, mal podràn ſubſtituirſe otras en ſu lugar; ſi eſto es à fin de que no aya juramento de afeccion, de que hablò el ſeñor Larreatigui en el cap. 15. del libro tercero de ſus ſelectas, tambien le hazemos gracia dél, contentandonos conque ſe nos conceda el juramẽto de verdad, pues es tan juſta nueſtra pretenſion, que ſin temeridad dezimos, no ay texto, razon, ni authoridad, que la impugne; y el credito de eſta verdad, ofrecemos aſſegurar con mas prolixo diſcurſo, ſi llegare el caſo de ſu impugnacion.

Y pues para el juramento de verdad, ſolo ſe neceſsita dolo en el reo, y dificultad de prueba en el actor, aviendo juſtificado pleniſsimamente el dolo en los dos Articulos antecedentes, examinarèmos qual ſea, ò deba ſer la dificultad de prueba, que los Authores ponen como circunſtancia preciſſa, para deferirſe el juramento de verdad, primero, y principal aſſumpto de nueſtra pretenſion.

Tan preciſſa es la dificultad de prueba para diferirſe el juramento, que caſi es inſeparable; porque en lo claro, y manifieſto, no ſe puede, ni debe deferir; y aſsi, eſtà ſiempre vnido con la dificultad de prueba, para vencerla; y aun por eſſo le llamaron algunos Authores, Remedio ſubſidiario, porque no debe recurrirſe à la Religion del juramento, ſino en la neceſsidad. (31)

(31) *Ioannes Bapt. Coſta vbi ſupra.*

Por otra razon, aun mas clara, ſe convence ha de aver dificultad de prueba, porque el juramento es pena del dolo; y el fin del dolo, como contrario de la verdad, es obſcurecerla; y como no ſe dà juramento ſin dolo, ni dolo ſin obſcuridad, nunca ſe deferirà el juramento ſin dificultad de prueba, que ſe vença por èl; y aſsi, dizen los Authores, que la dificultad ha de eſtar de parte del actor, y como la cauſa el dolo del reo, no eſtà obligado á otra prueba, que al juramento, en cuyo ſentido hablaron los Doctores de la primera opinion, que citamos al num. 26.

De que ſe ſigue, que caſi ſiempre nace la dificultad de prueba del miſmo dolo (y aſsi ſucede en nueſtro caſo) y por eſſo ſe defiere el juramento en pena dèl; pues ſi ſe le preciſſara al actor à otra eſpecie de prueba por di-

ver-

versos medios, aunque fuessen posibles, dexaria de imponerse pena al dolo, y haría deterior la condicion del actor, la culpa de su contrario. (32) Aunque siempre estàn vnidos el dolo, y dificultad de prueba en los daños, è interesses, que causan, tienen diversos efectos; porque el dolo, como delito, necessita de plena justificacion, segun su naturaleza, y es de dificil probãça, porque consiste en el animo, y se justifica con presumpciones, y conjeturas; pero la dificultad de prueba en los daños, è interesses, que es el efecto del dolo, no necesita de otra cosa, que el juramento, que para castigarle se introduxo; de que harèmos demostracion en los numeros siguientes.

(32) *Lx. in condemnatione* 173. *§ vnicuique de reg. iur. lx. factum.* 155 *.eodem ibi*: Factum suum cuique non adversario nocere debet.

Supuesto, que es precissa dificultad de prueba en el actor, passan los Interpretes à examinar, què dificultad bastarà para que se deba deferir el juramento; y responden todos: Basta la que resulta de no existir, ò no parecer la cosa, que se pide.

Esta opinion no tiene contrario, y son sus fundamentos muchos por la authoridad de Marciano en la ley quinta, que pusimos por Regla al principio de este Articulo, donde el no existir la cosa, bastò para deferir el juramento; y aun es mas singular esta sentencia, advirtiendo, que alli pereciò sin que interviniesse dolo, pero quando por èl no existe, con mucha mayor razon se debe deferir el juramento. (33) Siguen esta doctrina los Authores, y solo harèmos mencion de algunos; pues de todos, fuera dificil, y molesto.

(33) *Dict. lx. 5. de in lit. iur. ibi*; Quia Iudex sine delatione iuris iurandi æstimare non potest rem, quæ non extat.

Menochio, refiriendose á nuestra ley quinta, y las demàs, afirma, que entonces se entiende ay dificultad de probar, quando la

cosá , que se pide no se puede mostrar à los ojos, ò porque no existe , ò porque no parece; y refiere la authoridad de Bartulo, Decio, y Jasson. (34)

Juan Baptista Costa, repitiò las palabras de Menochio ; y añade la authoridad de Nata, Craveta, y otros. (35)

El señor Don Manuel Gonçalez Tellez, se remite à Menochio , y Costa ; y añade la authoridad de Duareno, y otros. (36)

El señor Don Martin de Larreatigui, en el libro tercero de sus selectas (que en todo èl trata la explicacion de nuestra ley quinta, y cuya doctrina recomienda el señor Don Alfonso Olea) afirma lo mismo , que los Authores citados, añadiendo, que aunque fuesse possible por otros medios la prueba , basta no existir lo que se pide, para deferir el juramento; y porque es lugar tan proprio , y terminante de la duda de nuestro pleyto, le trasladarèmos al margen. (37)

Aun mas le extendiò Leotardo , (38) que queriendo responder à Antonio Fabro, el

(34) *Menochius de arbit. casu* 208 *num*.2.*ibi*: Probationis vero difficultas tunc adest, cum res petita ad oculum demonstrari nequit, vel quia non extat ex dicta lege in actionibus, vel quia non apparet, licet in rerum natura esse non desierit ex lege cum res § penultimo de leg 1.

(35) *Ioanes Bapt Costa de remed. rem*.98.*num* 5 *ibi*: At quid probationis difficultas, aliã habet considerationem, quando quidem si res petita non potest ad oculum demonstrari, vt quia non extat, vel quia non apparet.

(36) *D.Gonçalez in cap. super eo de his quæ vi.*

(37) *D. Larreatigui lib.* 3. *select. cap*.3 *num*.8 *ibi* : Nam verius est, quod licet possibilis sit eius rei probatio huic iuramento locus sit, si tamen res aut non extet, aut non appareat vt docet Bartolus in presenti. num.22. Duarenus.num.52. Donellus, & Osualdus vbi proxime. Id vero, quod Martianus in presenti tradit, non ita stricte accipiendum est ; quasi sine delatione iuramenti non possit Iudex æstimare, quæ non extat. Quid enim si cogeret actorem ad eius rei probationem? Quæ sanè erui potuit, & si difficile ex qualitate, & bonitate aliarum rerum eiusdem speciei, & bonitatis, vt considerat Osualdus dict. litera B. ad fin. Sed quia non potest Iudex id facere iuste, & ex offitio. Sic enim eveniret, vt Donellus ait dict.cap. 10.versic. Ait Martianus, vt actore non probante reus absolvi deberet iuxta leg.negantes 9.C.de act.& oblig. Quod sæpius contingeret, quia eius rei quæ non extat æstimatio non facile probari potest , nec enim instrumenta de rei valore confici solent, neque testes reperiri, qui curiosius rem , cum extaret observaverint, aut etiam meminerint. Iniquum vero esset moram, & culpam debitoris actori nocere. *L.x.in condemnatione* 173.§.*vnicuique.l.x factum* 155.*de R*.3

(38) *Leotardus de vsuris quæst*.77.*num*.18.*ibi*: Quia satis ex eo punitur, quod stetur iuramento actoris de eo quod sua interest sibi moram fieri, vel instrumenta, vel rationes exhiberi sine testibus, & probationibus vllis, quæ fortasse defficerent. Vt in lege 10.§.3 de edendo, & quod cogatur reus adversarium iudicem , & testem quodammodo habere, quod in alijs causis leges abhorrent, & prohibeat valde, ex leg 1. ne quis in sua causa iudicet.

el qual, como diximos, negò huvieſſe juramento de verdad, que ſolo contuvieſſe el verdadero valor, y los intereſſes; pues ſe ſeguia, que no quedaba caſtigado el dolo, ſi ſolo en el verdadero valor ſe defirieſſe el juramento, dize Leotardo, es baſtante pena la de que ſe obligue al reo á eſtar por el juramento del actor, ſin mas teſtigos, ni probanças, haziendoſe le ſea ſu adverſario, Juez, y teſtigo de ſu cauſa.

Eſta verdad, que afirmamos, ſin que aya Author, ni texto, que la impugne, ſe confirma de las palabras del texto Canonico, (39) en cuya explicacion lleva el ſeñor Gonçalez la ſentencia que dezimos; y ſeparando la violencia del valor de las coſas, dixo: Se juſtifica por teſtigos la fuerça, y las coſas por el juramento; y eſto, con razon, porque la violencia, como delito, neceſsita de prueba concluyente, pero ſupueſto el delito; las coſas, los intereſſes, y daños, por ſolo el juramento ſe prueban.

Con eſte texto concuerda la conſtitucion Zenoniana, (40) en que igualmente ſe requiere probança en la violencia; y para las coſas, ſus intereſſes, y daños, el juramento, cuya diſtincion notan todos, y notò Leotardo al num. 60. del lugar citado.

Con el texto Canonico, y conſtitucion de Zenon, concuerda nueſtra ley de partida ſegunda del titulo 11. de la partida tercera, añadiendo al robo, y la fuerça, el dolo, y el engaño. Y expreſſando lo miſmo, que es deber ſer clara, y manifieſta la prueba en la fuerça, robo, ó engaño; manda, ſe defiera el juramento, aunque no ſe puedan probar las coſas, ni ſu valor. La gloſſa añadiò, deberſe de-

(39) *Cap ſuper eo de his quæ vi. ibi:* Super eo, quod adverſarius veſter ſe querebatur à vobis per violentiam ſpoliatum, arbitramini contra vos fuiſſe iniuſte proceſſum, cum non niſi iuramento proprio probaberit ſingula quæ amiſsit, verum *poſtquam de violentia per teſtes, & de amiſsione per ipſius conſtiterit iuramentum* potuit Iudex taxatione ab ipſo facta pro perſonarum, ac negotii qualitate vos in æſtimatione rerum amiſſarum iuramento adverſarij declarata rationabiliter condemnare.

(40) *Lx. 9. Cod unde vi. ibi:* Si quando vis in iuditio fuerit patefacta deinde ſuper rebus acceptis, vel invaſsis, vel damno dato tempore impetus quæſtio proponatur, ſi non potuerit qui vim ſubſtinuit, quæ perdidit ſingula comprobare taxatione à iudice facta pro perſonarum atque negotij qualitate, ſacramento æſtimationem rerum quas perdidit manifeſtet, nec liceat vltra taxationem à Iudice factam iurare, & quod huiuſmodi iure iurando lato fuerit declaratum Iudicem condemnare opportet,

deferir el juramento, aunque no se pruebe; (41) y cita los mismos textos, y Authores, que llevamos dichos; pero otra ley de partida (42) con mas claridad à sola la circunstancia de no existir lo que se pide, defiere el juramento *in litem.*

Con esta doctrina tan clara, y manifiesta, harèmos breve reflexion á nuestro pleyto, donde las acciones intentadas, son: La reivindicacion, y exhibicion de las mercaderias, y la fatura, instrumento precisso de su justificacion, como diximos en el Articulo primero; y que en estas acciones, se deba deferir el juramento *in litem*, dexamos justificado en el mismo Articulo. Hallarèmos tambien las dos circunstancias precissas para deferirle, que son, dolo de parte del reo, y dificultad de prueba en el actor.

El dolo dexamos justificado plenamente en los dos Articulos antecedentes; y la dificultad de prueba en lo que acabamos de dezir; conque solo resta mostrar à los señores Juezes los medios claros, que resultan de los autos, por donde se viene en conocimiento del verdadero valor de las cosas, que se litigan; para que lo claro pueda determinarse por sentencia, y en lo dudoso, ò dificil de probar, se defiera el juramento; advirtiendo, que pues es possible venir en conocimiento de las cosas, que se litigan, y con prudente advitrio regular los daños, é interesses, para que no sea necessario recurrir à la religion del juramento; primero solicita esta parte vna sentencia justa, que le restituya su caudal perdido, y que si en los autos no huviere toda aquella prueba, que se necessita para este prudente advitrio, se le defiera el juramento,

pues

(41) *Lx.2.tit. 11.part. 3. & glos. ibi*: Et fit hoc iuramentum, quando quis de vi rapina, vel dolo conqueritur, quo probato licet de rerum quãtitate, vel valore non probetur, æstimabit Iudex arbitrarie res amissas persona conquerentis considerata.

(42) *Lx.19.tit.2.part.3.*

pues la dificultad de probar, nació del dolo de la contraria; y ya ſea para la ſentencia, ò ya para taſſacion, que debe preceder al juramento, ſegun la comun doctrina de los Authores, reconocerèmos en los autos las razones, que pueden mober el animo de los ſeñores Juezes.

El verdadero valor de ſus bienes pide Don Antonio, y ſus daños, è intereſſes; y aunque oy no exiſten, eſtà preſentada en los autos por ſu parte vna fatura legitima, de cuya verdad, y ſolemnidad no ſe duda, pues confrontada al fol. 144. con las cartas originales de los acreedores, que la remitieron, ſe halla ſer de vna miſma letra; y de ſu inſpeccion, ſe reconoce, tener las circunſtancias todas de peſo, numero, precio, color, y marca, que diximos en el ſupueſto quarto, y aun la parte contraria no ſe atreviò à negar. Por ella conſta el precio à que ſe compraron en Genova; y tiene à ſu favor la legal preſuncion de la juſticia del contrato, mientras otra coſa no ſe prueba; pues fuera temerario el juizio, que ſin otro examen, ni conocimiento le tuvieſſe por injuſto.

Siempre ſe preſume juſto el precio, en que convienen comprador, y vendedor; y mucho mas, quando ambos ſon practicos en los negocios, que tratan, y generos, que comercian; pues lo exceſsivo del precio, nace de la malicia del que vende, ò de la ignorancia del que compra; y no es conforme à razon, creer, que alguno es malicioſo, ni ignorante, eſpecialmente de aquellos, cuyo exercicio, y profeſsion es el Comercio. Juzgar la agena malicia, y dolo, es contra lo que enſeña la Religion Chriſtiana; y à creer igno-

racia en vn Comerciante, nadie ſe perſuadirà; y mucho menos, ſi ſe atiende, que importando eſte contrato la ſumma de 28. mil peſos, que caſi las dos tercias partes ſe pagaron en dinero de contado, no es poſsible padecieſſe tan grande engaño Don Antonio Frediani, practico Comerciante, como el que ſe quiere de contrario, que importa mas de la mitad del juſto precio.

Pero concedamos, que fueſſe tan poco advertido, y que la induſtria de Solaro le huvieſſe engañado. Eſte engaño ſeria poſsible en Don Antonio como Eſpañol; pero no parece, que lo ſeria en Don Juan Lorenço Saporito, y Don Bartholomè Seporina, Comerciantes naturales, y vezinos de Genova, que preſtaron ſobre la prenda de las mercaderias 17. mil peſos; los quales, ſe avian de cobrar de ſu procedido, con mas el importe de los intereſſes, y cambio maritimo, fletes, y derechos de Aduana en Eſpaña, que todo avia de ſalir del valor de las mercaderias.

Tambien ſe debe creer de tan ſagazes, y advertidos Comerciantes, tendrian preſente, quando hizieron el empreſtido de los 17. mil peſos, los rieſgos, y accidentes del Comercio, y que como es poſsible el augmento del precio, y eſtimacion, (43) tambien lo es el que ſe minore, y no querrian aventurar ſu caudal; pero como tenian en ſu poder las mercaderias para remitirlas à ſu correſpondiente en Cadiz, examinarian con cuydado el verdadero valor de la prenda, y conocerian, que à lo menos, tendrian en ella vna tercera parte mas de valor del empeño, que ſirvieſſe de reſguardo a ſu caudal en los rieſgos, y accidentes del Comercio, pues aun el menos

(43) *L x. prætia rerum* 63. *ad leg. falcid. l x.* 4. *de eo, quod certo loco. ibi*: Quia ſcimus, quam varia ſint prætia rerum per ſingulas Civitates Regioneſque. §. 33. *inſtit. de act. ibi*: Quæ vtilitas plerumque in mercibus maxime invenitur.

menos advertido quando presta sobre alhajas de oro, ò plata, cuyo intrinseco valor no se altera, dexa sin embargo en el mayor peso el resguardo conveniente; de que se debe inferir, quanto mas seria el valor de las mercaderias, pues dèl se avia de satisfacer, no solo el empreitido, sino tambien los interesses, cambios, fletes, y derechos de Aduana; pero mas que todo se debe advertir el riesgo de las continuas mudanças, y menos valor de los generos, que el no ser del uso, ò la abundancia los envilece; como tambien la dilacion de Flota, ò Galeones.

Augmentasse esta consideracion, con la de, que solas las mercaderias eran todo el resguardo del caudal prestado, pues aunque del contrato nace tambien accion personal, esta se juzga casi inutil, aviendo de exercitarse en Reyno estraño; y mas, quando los acreedores elegian para su seguridad la prenda, en cuya bondad, y calidad no podian padecer engaño, pues la tenian en su poder, y ellos eran practicos en su Comercio; à que se añade: El que no solo servian las mercaderias para el seguro de los 17. mil pesos prestados, mil y ochocientos del cambio, los fletes, y derechos de Aduana, si tambien de otros dos mil y quinientos pesos, debidos por Don Antonio à Seporina, quien no parece aventuraria su caudal, si no tuviesse entera seguridad de que en el valor de las mercaderias cabia todo.

Niega el señor Don Juan Domingo, que tuviessen el valor, que dezimos, y consta de la verdadera factura, que presentò Don Antonio; pero para que lo creamos, no ay otro fundamento, que quererlo dezir; y esto, no

S es

es otra cosa, que hazer à los acreedores, ò prodigos, ò ignorantes; ò porque dieron su caudal sin seguro, ò porque no conocieron el valor de la prenda, que se les entregò; y sobre todo, seria ignorantissimo el acreedor segundo, que diò la vltima porcion, consintiendo, que antes, que à èl se hiziesse pago al primero de mas de 14. mil pesos; y sino debemos creer esto de ningun Comerciante, ciertamente nos avrèmos de persuadir á que los precios, que expressa la fatura presentada por esta parte, son justos, y capazes de recebir augmento en España.

Antes de apartarnos de esta consideracion, se debe advertir, que el señor Don Juan Domingo, dà à entender, no conoce la pericia, inteligencia, y desvelo con que solicitan su mayor interès los Comerciantes, y que para disculparse, passa á hazer vn juizio muy temerario, que es, culpar de injusto el contrato celebrado entre Don Antonio, y Juan Baptista; diziendo: Fue doloso, y supuesto, porque el balsamo, que alli se diò por parte de precio de las mercaderias, se estimò en mas de su justo valor; y què à esta proporcion, creciò tambien el de las mercaderias; y todo esto se ha de creer, solo porque el señor Don Juan Domingo lo dize; y en substancia, viene à ser: Que Juan Baptista, y Don Antonio, sean à vn mismo tiempo sagazes, è ignorantes; sagazes en lo que venden, è ignorantes en lo que compran; pues Solaro se dexa engañar en el balsamo, y Don Antonio en las mercaderias: Y siendo cosas tan contrarias la industria para vender, y la ignorancia para comprar; el señor Don Juan Domingo las haze composibles

en vn mismo acto, y en vn mismo contrato; juzgando temerariamente lo que no viò, ni pudo saber, ni entender, pues se hallaba en Cadiz quando el contrato se celebrò en Genova; pero no estrañèmos, que lo diga el señor Don Juan Domingo, porque necessita para disculpar su dolo, de persuadir, que fueron injustos, dolosos, è ignorantes Don Antonio Frediani, Juan Baptista Solaro, Don Bartholimè Seporina, y Don Juan Lorenço Saporito, su hermano.

No repara en esto mucho el señor Don Juan Domingo, y haze mal; pues quando afirma, que el contrato de Don Antonio, y Juan Baptista es doloso, y supuesto, no culpa à Don Antonio, sino à Don Bartholomè, que le concluyò, finalizò, recibiò las mercaderias, y pagò su precio, como consta del testimonio presentado, supliendo de su caudal, sobre la cantidad, que prestó Don Juan Lorenço, todo lo restante hasta su cumplimiento: Con que si el contrato fue doloso, no intervino en el dolo Don Antonio; pero doloso, ò verdadero, las mercaderias las recibiò Don Bartholomè, de quien es inverosimil se engañasse à si, y que á costa de su caudal quisiera ser doloso; y no repara el señor Don Juan Domingo, en que estas mercaderias se entregaron à Don Juan Lorenço, su hermano, quien se las remitiò; y si en poder suyo se hallaron viciadas, y defectuosas, ò las viciò el señor Don Juan Domingo, ò su hermano; y si no, culparian á Don Bartholomè, que las entregò; y era precisso, que luego, que el señor Don Juan Domingo viò el defecto, y oyò la quexa de Don Antonio, se disculpara con la fatura; y mas ciertamente, con

dar quenta à los acreedores sus consignantes; pero nada de esto hizo, sino jurar, que tiene la fatura, y que no la tiene; y dezir, que el jurar falso fue equivocacion, que tiene la distincion de las cartas; pero no han parecido. Presenta vna fatura, y dize, que es la original, que le remitiò su hermano; y al verla convencida de falsa, dize, que no es original; y culpa à su Procurador, siendo èl quien se la entregò. Despues de nueve años de su presentacion, dize, que ès copia; pero no de què original. Vende las mercaderias, sin noticia del dueño, ni del acreedor; y despues, callando la venta, sigue maliciosamente el juizio, sobre la exhibicion de la fatura. Vende à vilissimos precios, para dexar descubierto el credito de Don Bartholomè, y consumido el caudal de Don Antonio, que eran onze mil pesos, del valor del balsamo. Pide, que le prendan, porque valieron menos las mercaderias; y antes avia dicho; que no era parte. Dize, que vendiò; y no à quien, quando, ni por què mano. No obsèrvó en la venta alguna de las solemnidades de las leyes; y dize, que estas leyes, no estàn en vso. O, què muchas cosas se promete el señor Don Juan Domingo de su grande autoridad, y caudal! Solo notamos, que quanto contiene este Parrafo, resulta de los autos.

Para persuadir, que los precios à que dà en Cadiz vendidas las mercaderias, son justos, se vale de las deposiciones de siete testigos; quienes dizen, les parece son proporcionados; y es forçoso confessar, saben mas, que el Jurisconsulto Marciano, y todos los Interpretes, que llevamos citados; los quales dizen, que lo que no existe, ò no

pa-

parece no se puede estimar ; aunque se aya visto ; pero aun adelantan mas, pues no solo aprecian, y estiman lo que no existe, si tambien lo que no vieron, y lo que puede ser notablemente distante en la calidad ; y distinto en el valor.

Aun es mas digno de reparo, que alegue el señor Don Juan Domingo, no se puede deferir el juramento à Don Antonio, porque la entrega de las mercaderias, que èl contratò, se hizo à Don Bartholomè Seporina su poder aviente ; y que asi, solo podrà jurar sobre el contrato, que èl ajustò, pero no sobre las mercaderias, porque las recibiò otro : Y ciertamente nos alegramos de verle tan escrupuloso, en que à Don Antonio se le defiera el juramento, sobre las cosas, que viò, y eligiò, y cuyo precio ajustò, quando el mismo señor Don Juan Domingo se vale para justificar los precios de su quenta, de los testigos, que, ni asistieron al contraro en Genova, ni vieron las mercaderias en Cadiz.

Pero aun asi serà el señor Don Juan Domingo el mejor testigo de nuestra verdad; pues en la quenta, que presenta de las mercaderias vendidas, aquellas en que puede ser dificil el engaño, porque su valor, ò se altera poco, ò es facil de conocerse por el nombre de su especie, las dà vendidas en Codiz, con augmento à los precios de Genova, como sucede en la partida de tres mil y setecientos pares de medias, compradas en Genova à siete reales de plata, que los dà vendidos por diez ; pero los otros generos, que llaman de vista, porque su conocimiento pide ocular iuspeccion, los dà vendidos à baxissimos

precios; fiado, en que no es posible (como à la verdad no lo es) justificar su calidad, no estando existentes. De la bondad de las cosas, se conoce su verdadero valor, y precio; pero quando nò existen, el precio es quien muestra la bondad.

De la fatura presentada por Don Antonio, consta el verdadero valor de Genova; este se confirma por el hecho de prestar sobre èl los Mercaderes de Genova, la summa, que diximos de los 17. mil pesos, con mas mil y ochocientos del cambio maritimo, que ciertamente no huvieran prestado, à no tener en la prenda entera seguridad de su caudal, y de los riesgos. Tambien se confirma este concepto, con la venta hecha por el señor Don Juan Domingo, de las cosas, cuyo valor era dificil ocultar; y contra esta verdad, y su prueba, no ay otra cosa, que vna desnuda assercion del señor Don Juan Domingo; que para ser verdadero, quiere, que los demàs seän falsos.

No impugna el señor Don Juan Domingo; ni pudiera, la fatura presentada por Don Antonio, pues tiene las solemnidades, y comprobacion, que hemos dicho, y està al folio 144. de los autos, con quien concuerda el mismo señor Don Juan Domingo, en el aprecio de algunas de las mercaderias; y si la fee del instrumento es individua, mal podrà el señor Don Juan Domingo, persuadir, que en vnas cosas es cierto el valor de la fatura, y en otras, no. Añadese à esto, que el mismo señor, asseguró à Don Bartholomè, vno de los acreedores consignantes, que en la venta de las mercaderias, quedaria satisfecho; y oy en la quenta, que presenta, le

dexa

dexa deſcubierto ſu credito, de que ſe infiere , que , ò la quenta no es cierta , ò no es cierto lo que eſcriviò ; pero lo que ſin violencia ſe infiere , es , que las mercaderias tenian el valor, que conſta de la fatura , y que de ſu producto , quedarian todos ſatisfechos.

Si las razones, que hemos dicho, no baſtan à perſuadir , que el verdadero valor de las mercaderias, es , el que conſta de la fatura preſentada por Don Antonio , al folio 39. ſerà preciſſo admitir la diſpoſicion de los textos citados, y la doctrina de los Doctores, que afirman , que no exiſtir las coſas , haze dificil la probança de ſu valor ; y que ſiendo dificil , ſe debe deferir el juramento ; pero en nueſtro caſo, no ſolo es dificil, ſino impoſſible , pues ſiendo preciſſo para el conocimiento de la bondad , no ſolo pericia en las Artes , ſino ocular inſpeccion ; no ſe puede eſtimar lo que ya no ay : Ni obſta el dezir, ſe pueden eſtimar como los mejores , pues aun en eſte caſo , el primor , y perfeccion, no ſe puede conocer por concepto , ſino por examen Real ; como no podrà vn Pintor dar valor à la Imagen, ſin tenerla preſente , pues la pericia del Arte , en la perfeccion de las coſas , no ſe permite à otro conocimiento, que à los ojos de los peritos : Conque avrèmos de confeſſar , ò por verdadero el valor de la fatura , ò por impoſsible la prueba , y preciſſo el caſo del juramento ; à que ſobre todo conduce, que eſta dificultad , ò impoſſibilidad, nace, del hecho de la contraria ; y ſi ſe preciſſara à eſta parte à mas prueba , que la referida , fuera imponerle la pena , que merece el dolo de la contraria , augmentan-

 do

do la dilacion de recuperar ſus bienes, quando ſi el privarle de ellos fue delito, lo ſerà tambien dilatarle ſu reſtitucion.

Haſta aqui hemos dicho el valor, que las mercaderias tenian en Genova, y el precio en que Don Antonio las comprò; pero el valor, que tendrian en Cadiz, donde las vendiò el ſeñor Don Juan Domingo, no ſe puede averiguar, ſino por conjecturas, pues ni de los autos conſta el tiempo en que las vendiò, las perſonas, que las compraron, ni por què mano.

No ſe puede dudar, que el valor de los generos, y mercaderias, recibe mas, ò menos augmentos, por la diverſidad de los lugares, y Provincias, como lo dizen el Juriſconſulto Gayo, y el Emperador Juſtiniano. (44) Que ſea ſiempre mas crecido el valor de Eſpaña, que el de Genova no ſe puede dudar; pues llamados de eſte interès, vienen al Commercio de Eſpaña tantos individuos de eſta Nacion, que ſobre los rieſgos de mar, y de enemigos, tienen que pagar fletes, Aduanas, y encomienda; de que ſe ſigue, es preciſſo, ſe vendan en Eſpaña à mucho mayor precio, que el que ſe compraron en Genova, pues con él ſe han de ſuplir los rieſgos, y gaſtos, y ſe ha de lograr mayor interés, ſin el qual, ò ſu eſperança, no commerciarian.

(44) *Dict. l. x. prætia rerum. & 4. de eo, quod certo loco. dict. §. 33. inſtit. de act.*

El que con mas paſsion ſe puſiere à juzgar eſte punto, no podrà dexar de conocer, que ſi es vario, è incierto el valor, y eſtimacion de las mercaderias, nunca llega á decaer tanto, que no alcance al que tuvieron en la primera compra de el lugar de ſu fabrica; y pues lo mas frequente, es, tener augmento

mento considerable, con qué motivo puede el señor Don Juan Domingo, justificar la venta de las mercaderias, en mucho menos precio en Cadiz, de el que costaron en Genova, en la casa de Juan Baptista Solaro, su fabricante.

Possible era, si algun raro, y estraño accidente las huviera envilecido. De esta razon se haze cargo el señor Don Juan Domingo, y quiere satisfacer con el accidente de aver llegado à Cadiz la Armada enemiga, en que tanto padeciò el Comercio; pero esta disculpa, mas le es contraria, que favorable; pues no aviendose perdido estas mercaderias, sobre que se disputa, la pèrdida de otras muchas, precissamente avia de augmentar el precio, de las que no se perdieron; y si, como dize, la entrada de los Enemigos envileciò el valor de los generos, debiera probarlo, como fundamento de su defensa.

Pero si bien se repara; el mismo señor Don Juan Domingo, se contradize; pues en la venta de vnos generos dà augmento, y no poco, y en la venta de los demàs, dá vna pèrdida muy excessiva, como se reconoce en la partida de los tres mil y setecientos pares de medias, vendidas con beneficio no pequeño, sin que para la pèrdida de los otros generos, se encuentre otra razon, que la que diximos, de ser estos de vista, en que sin inspeccion ocular, no se puede conocer su valor, y queda en la obscuridad mas escondido el engaño; pero el Derecho, ocurrió á su emmienda, defiriendo el juramento à la parte, y dando al Juez el advitrio para la tassacion, como consta de las leyes, y doctrinas citadas.

Y pùes el señor Don Juan Domingo, dà regla para eſtimarſe el valor de las mercaderias en Eſpaña, por la partida de los tres mil y ſetecientos pares de medias, no ſerà injuſto, ſiguiendo ſu eſpontanea confeſsion, creer, que como vendiò eſta partida, venderia las demàs.

Eſte es el juramento, que eſta parte pide, en caſo que no ſe eſtime por baſtante prueba lo que llevamos dicho, pues no es poſsible aya otra; y quando fuera poſsible, es dificil, y no juſto el gravar á eſta parte con la obligacion de probar, pues ſu dificultad la ocaſionò el dolo de la contraria; y eſte el caſo terminante, en que textos, y Authores confirman, ſe debe deferir el juramento.

(45) *Leotardus, quæſt.77. n.47. cum multis.*

A eſte valor de verdad, ſe añaden los daños, è intereſſes; (45) cuyo conocimiento, y taſſacion, tambien ſe defiere al advitrio del Juez, antes, que ſe defiera al juramento de la parte.

(46) *Lx.2.& 5.titul.11.part.3.*

Para eſta taſſacion, manda nueſtra ley de partida, (46) ſe obſerven las circunſtancias del negocio, y la qualidad de la perſona; del negocio hemos hablado haſta aqui, y en la perſona de Don Antonio, ay ſolo que obſervar la circunſtancia de aver ſido Comerciante de la carrera de las Indias, adonde tenia deſtinadas las mercaderias, que comprò en Genova; y que por no averſele entregado, dexò de navegar, y lograr con ellas los grandes intereſſes de eſte Comercio, que ſe conocen por los rieſgos à que ſe exponen los que navegan, pues no pueden dexar de ſer muy crecidos, quando por ellos aventuran la vida.

En

En eſte extendidiſsimo campo de daños, que ha padecido, en carecer de ſu caudal tantos años, è intereſſes, que ha malogrado, por aver ceſſado en ſu Comercio de navegacion, puede dilatarſe el juſto advitrio de V.S. taſſando ſu cantidad ſobre la del verdadero valor de las mercaderias, y deferir el juramento à eſta parte; bien, que ſi mereciere al ſoberano advitrio de V.S. la relevaſſe de eſta obligacion de jurar en lo reſpectivo à daños, é intereſſes, por el temor, de que ſiendo tanto lo que ha padecido, pueda extenderſe con la paſsion, ſeria ſumma ſu complacencia; y enteramente, ſe reſigna en el juſtiſsimo advitrio de V.S. para recebir con igualdad de animo, lo que fuere ſervido aplicarle.

Lic^do. D. Pedro Muiños y Alemparte.